



AS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE CONTRATAR DO TRABALHADOR: UMA ABORDAGEM JUSCONCORRENCIAL

Catarina Gonçalves Pinheiro Varajão Borges

Dissertação de Mestrado, na área de especialização de Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para obtenção do Grau de Mestre, realizada sob a orientação do Professor Doutor José António Sá dos Reis.

Outubro de 2019

Agradecimentos

Aos meus Avós,

Aos meus Pais,

Às minhas Irmãs,

Ao Ricardo, à Telma, à Inês e

Ao meu Orientador.

Resumo

Está previsto na lei um mecanismo que permite ao empregador, mediante o pagamento de um determinado montante, garantir, por acordo, que o trabalhador no momento em que cessa funções não executará, por conta própria ou de outrem, e por um determinado período uma atividade concorrente. A esta vinculação chama-se obrigação de não concorrência.

As obrigações de não concorrência, cujos efeitos se produzem após a cessação do vínculo laboral, encontram justificação na necessidade de proteção do *know-how* do empregador, conhecimentos esses, que o trabalhador adquire no decorrer e por causa da sua atividade laboral, visando-se, ainda por esta via, proteger todo o investimento que o empregador faz na sua atividade.

No entanto, numa altura em que se exigem profissionais cada vez mais qualificados e em que, em certos setores, se assiste a uma escassez significativa de mão de obra especializada, em um mercado cada vez mais exigente e que pugna por mais inovação e concorrência, impõe-se colocar as seguintes questões: não serão as obrigações de não concorrência *post pactum finitum* um entrave injustificado àqueles objetivos? Fará sentido ou será sequer legítima uma obrigação de não produzir ou de não prestar, contra o pagamento de um montante?

Reflexo da importância de um mercado inovador, concorrencial e eficiente é a crescente influência da defesa da concorrência nos diferentes ramos do Direito, tendência à qual o Direito do Trabalho não é estranho. Num primeiro momento, surge o entendimento de que os trabalhadores por conta de outrem não se subsumem ao conceito “*empresa*”, para os efeitos das disposições do Direito da Concorrência; num segundo momento, com a cominação da nulidade, por considerar ilegais os acordos entre empresas que, entre si, fixam salários a pagar aos respetivos trabalhadores ou acordam na não contratação recíproca.

Com esta dissertação, é nosso propósito o de analisar as obrigações de não concorrência *post pactum finitum*, refletindo e procurando compreender se a conduta consubstancia ou não uma prática anticoncorrencial.

PALAVRAS-CHAVE: obrigações de não concorrência *post pactum finitum*, Direito da Concorrência, práticas anticoncorrenciais.

Abstract

Law prevails a mechanism, that allows the agreement between the employer and employee by which they agree on a compensation given to the worker in exchange of the obligation of not working to a competitor or by himself in a concurrent business, once the labour relationship with the prior employer ends.

Non-compete obligations, whose effects only take place after the employment relationship is finished, are justified by the protection of the employer's know-how, acquired by the employee during and because of the labour activities, as well as, the protection of all the investment made by the employer.

However, in a time when qualified professionals are needed, mainly given the specialised labour shortage in some areas and, above all, in a market where innovation and competition are required, non-compete obligations lead us to ask some questions: are non-compete clauses an unjustified barrier to a competitive market? Does it make sense or is any case legitimate to pay someone not to produce?

The influence of competition rules on different branches of law is rising, indeed as an echo of the importance of an innovative, competitive and efficient market. Labour law does not escape this trend. First, by the idea that a dependant employee is not an undertaking for competition law purposes; second, by forbidding wage-fixing agreements and non-poach agreements between undertakings.

This master thesis intends to analyse non-compete clauses *post pactum finitum*, trying to understand whether this practice is deemed anticompetitive.

KEY-WORDS: non-compete obligations *post pactum finitum*, competition law, anticompetitive practices.

Sumário

Agradecimentos.....	1
Resumo.....	1
Abstract	3
Sumário	4
Abreviaturas e Símbolos	5
Introdução.....	6
Capítulo I – A obrigação de não concorrência <i>post pactum finitum</i>	8
1. Enquadramento.....	8
2. Os requisitos da obrigação de não concorrência	9
3. Figuras afins	17
Capítulo II – A crescente influência do Direito da Concorrência no Direito do Trabalho.....	24
1. A exclusão dos trabalhadores por conta de outrem do âmbito de aplicação do Direito da Concorrência	24
2. Os acordos restritivos da liberdade de contratar (à revelia do trabalhador): os acordos entre empresas para não contratarem trabalhadores entre si e para fixação de salários	26
Capítulo III – A obrigação de não concorrência <i>post pactum finitum</i> e o Direito da Concorrência.....	32
1. O (ex-) trabalhador como um concorrente potencial.....	32
2. A compensação entregue ao (ex-)trabalhador e os acordos <i>pay for delay</i>	36
3. A obrigação de não concorrência <i>post pactum finitum</i> e o escopo do artigo 9.º do RJC e 101.º do TFUE.....	41
4. A obrigação de não concorrência <i>post pactum finitum</i> e o abuso de dependência económica.....	45
5. A obrigação de não concorrência <i>post pactum finitum</i> como prática anticoncorrencial	48
Capítulo IV – Formas de proteção do (antigo) empregador.....	50
Conclusão	54
Lista de referências bibliográficas.....	56

Abreviaturas e Símbolos

Ac. – Acórdão

CC – Código Civil

CPI – Código da Propriedade Industrial

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DOJ – *Department of Justice*

ECR – *European Court Report*

FTC – *Federal Trade Commission*

Rel. – Relator(a)

RJC – Regime Jurídico da Concorrência

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCL – Tribunal do Comércio de Lisboa

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TGUE – Tribunal Geral da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

Vol. - Volume

Introdução

As restrições à liberdade de contratar do trabalhador têm vindo a ser estudadas do ponto de vista da sua conformidade constitucional, sobretudo por constituírem limitações à liberdade de escolha e de exercício da profissão do trabalhador, prevista no n.º 1, do artigo 47.º da Constituição da República Portuguesa; ao direito ao trabalho, tal como reconhecido no artigo 58.º, em determinados casos, uma renúncia à plena liberdade de iniciativa económica, tal como decorre do artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa¹; e por colocarem em causa a proteção da livre concorrência, contemplada nos artigos 81.º, alínea *f*) e 99.º, alíneas *a*) e *c*).

Fruto da necessidade de trabalhadores mais especializados, maiores exigências do mercado e o aumento da concorrência entre empregadores (concorrência, neste caso, na procura pela mão-de-obra disponível), têm surgido no Direito do Trabalho mecanismos que visam limitar essa “*livre*” concorrência, seja *i*) impondo aos trabalhadores obrigações de facto negativo, *in casu*, relativas ao não exercício de uma atividade concorrente para um terceiro, uma vez cessado o contrato de trabalho com o empregador; seja *ii*) estipulando obrigações de exclusividade, segundo as quais o trabalhador fica impedido de exercer qualquer tipo de atividade - concorrente ou não - no decorrer do seu contrato de trabalho. Por fim, os próprios empregadores podem ainda estabelecer entre si, e à revelia do trabalhador, acordos mediante os quais se vinculam mutuamente a não contratar os trabalhadores uns dos outros, ou através dos quais uniformizam os valores dos salários destes.

São a estas questões e desafios, cada vez mais recorrentes no âmbito laboral, em resultado da necessidade de maior especialização e inovação do mercado, bem como do aumento da concorrência na procura de trabalhadores com essas características, que pretendemos tratar com a presente tese.

¹ Doravante, CRP.

Capítulo I – A obrigação de não concorrência *post pactum finitum*

1. Enquadramento

A obrigação de não concorrência *post pactum finitum* (cujo efeito útil apenas se produz após a cessação do vínculo contratual²), vem prevista no artigo 136.º do Código do Trabalho³, seja no formato de cláusula, seja no formato de pacto, e é, hoje, empregue num número significativo de contratos de trabalho ou acordos de cessação do mesmo, limitando, destarte, a liberdade de escolha do trabalhador, quer no exercício de uma profissão, como trabalhador dependente, quer naquela que é a sua liberdade de iniciativa económica, hipótese que, por exemplo, se verifica nos casos em que a cláusula o impede de iniciar um negócio concorrente com o do seu anterior empregador⁴.

A discussão foi já encetada no plano constitucional⁵, tendo o Tribunal Constitucional^{6,7} tido já oportunidade de se pronunciar pela não inconstitucionalidade da redação do artigo 136.º

² De resto, a obrigação de não concorrência com o empregador durante o período em que vigora o contrato de trabalho é um dever comum e pacificamente aceite, até porque é um corolário do dever de lealdade para com o empregador. Ao contrário da obrigação de não concorrência *post pactum finitum*, esta obrigação durante a vigência do contrato não se limita à concorrência diferencial.

Como é, aliás, jurisprudência pacífica a violação da obrigação de não concorrência durante o período em que vigora o contrato constitui justa causa de despedimento. *Vide*, neste sentido, entre outros, o Ac. STJ de 9 de setembro de 2015 (proc. n.º 477/11.9TTVRL.G1.S1, Rel. Ana Luísa Geraudes), onde se lê: “*Integra justa causa de despedimento, por violação do dever de lealdade, na dimensão da proibição de não concorrência, o comportamento do trabalhador que se torna sócio de uma sociedade comercial com objecto social idêntico ao do empregador e que prossegue a mesma actividade. A violação do dever de lealdade e a obrigação legal de não concorrência que impende sobre o trabalhador não dependem da verificação, em concreto, de um efectivo prejuízo para o empregador, nem do efectivo desvio de clientela, sendo suficiente a potencialidade desse prejuízo. A quebra da confiança entre empregador e trabalhador não se afere pela existência de prejuízos, podendo existir sem estes, bastando que o comportamento do trabalhador seja apto a gerar no empregador a dúvida sobre a idoneidade da sua conduta futura.*”

Esta dissertação pretende apenas estudar as obrigações de não concorrência pós-contrato de trabalho, pelo que, por omissão, será a estas que nos referimos, e não àquelas cujos efeitos se produzem durante a vigência daquele.

³ Doravante, CT.

⁴ Falamos de “anterior empregador” pois, não obstante muitas vezes as obrigações de não concorrência sejam celebradas durante a vigência do contrato, elas só produzem os seus efeitos em momento posterior à cessação, pelo que a extinção do contrato de trabalho constitui o elemento de referência para analisar todo e qualquer efeito que as obrigações de não concorrência possam produzir.

⁵ Refletindo sobre o direito ao trabalho e liberdade de trabalho, pode ler-se em JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Direito Administrativo da Economia*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2014, p. 269: “*Não deixe contudo de se notar que a realização do direito ao trabalho é [...] simplesmente subsidiária da liberdade de trabalho. Isto é, o caminho preferido para a prossecução do bem-estar material e espiritual da sociedade, como modelo constitucionalmente privilegiado de realização pessoal nas atividades económicas, é o da livre escolha de emprego ou de profissão, sem o recurso à intervenção auxiliar de terceiros (e designadamente, do Estado), por ser o que melhor se adequa à dignidade da pessoa humana tal como ela é entendida num Estado Liberal-Social.*”

⁶ Ac. do TC n.º 256/2004/TC (proc. n.º 674/02), publicado em Diário da República – II Série, n.º 266 de 12 de novembro de 2004.

⁷ Doravante, TC.

do CT, argumentando que a mesma (i) não restringe “*de forma constitucionalmente intolerável a liberdade de trabalho*”; (ii) não resulta de imposição do legislador, encontrando-se a sua estipulação na livre disposição das partes; (iii) tem um âmbito de aplicação balizado por diversas limitações legais; (iv) exige a compensação monetária do trabalhador, em contrapartida da sua obrigação de *non facere* e, (v) por último, sustenta, ainda, o TC que “*o trabalhador não fica, em bom rigor, absolutamente privado do seu direito ao trabalho*”, dado que lhe é dada a possibilidade de mediante a indemnização do seu antigo empregador poder continuar a exercer a sua atividade num concorrente deste último.

Não obstante, surgiram na Doutrina vozes contrárias à validade destas cláusulas, quer num plano mais geral⁸ – questionando se as obrigações de não concorrência serão ou não admissíveis *tout court* –, quer num plano mais restrito⁹ – arguindo que a sua (in)admissibilidade ficará dependente do tipo de atividade profissional em causa.

O que nos traz aqui e o que subjaz ao nosso estudo, é a análise das obrigações de não concorrência não já apenas numa perspetiva juslaboralista, mas também, e sobretudo, numa perspetiva jusconcorrencial. O que nos move? Procurar aferir se, e como, estas obrigações de não concorrência se articulam com o Direito da Concorrência; bem como identificar e medir os impactos e consequências de uma tal articulação.

2. Os requisitos da obrigação de não concorrência

O artigo 136.º do CT, cuja epígrafe é “*Pacto de não concorrência*”, estipula:

⁸ A este propósito, veja-se JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, págs. 190 e 191, afirmando que: “*Deste entendimento decorre, em nossa opinião, uma presunção de liberdade, (“Freiheitvermutung”), na qual assentará o critério que deve reger as relações entre contrato de trabalho e direitos fundamentais, critério que julgamos ser conforme à função última do Direito do Trabalho, que é subordinar os poderes empresariais à cidadania, isto é, impedir que a liberdade do cidadão-trabalhador seja reduzida ou aniquilada por tais poderes. [...] Tal liberdade deverá, pois, ser a mais ampla possível, só podendo ser restringida quando, e na medida em que, o seu exercício entre em colisão com as exigências próprias da finalidade concreta da empresa e dos deveres contratuais. [...] Não é admissível que, em nome dos poderes de autoridade e direcção, uma empresa possa, por exemplo, regulamentar a organização e as condições da prestação de trabalho em termos de controlar a vida extraprofissional do trabalhador [...] tal como também o não é que do contrato de trabalho constem cláusulas pelas quais o trabalhador renuncie aos seus direitos fundamentais. Tal vale, [...] em princípio (cfr. o art. 36.º da LCT), também para a cláusula pela qual um trabalhador ao serviço de uma firma se obrigue a não trabalhar, durante um certo prazo após a cessação do contrato, no mesmo ramo de negócio, etc.”.*

⁹ Neste sentido, veja-se, entre outros: PEDRO MANUEL CONDÊS TOMAZ, *Pacto de não concorrência no âmbito da relação laboral desportiva, Um caso de cartão vermelho?*, Porto, Repositório da Universidade Católica Portuguesa, 2015.

“1 - É nula a cláusula de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato.

2 - É lícita a limitação da atividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições:

a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;

b) Tratar-se de atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;

c) Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional.

3 - Em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em ato ilícito do empregador, a compensação a que se refere a alínea c) do número anterior é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a limitação da atividade prevista na cláusula de não concorrência.

4 - São deduzidas do montante da compensação referida no número anterior as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra atividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao valor decorrente da aplicação da alínea c) do n.º 2.

5 - Tratando-se de trabalhador afeto ao exercício de atividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o n.º 2 pode durar até três anos.”

De acordo com a disposição legal transcrita, os acordos que fixem uma obrigação de não concorrência para além da vigência do contrato de trabalho encontram-se feridos de nulidade¹⁰. Não obstante, o n.º 2 do mesmo artigo estabelece uma exceção, admitindo as obrigações de não concorrência, desde que cumpridos certos e determinados requisitos, que passaremos a analisar.

¹⁰ Na senda de JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 1.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, junho de 2016, pág. 585. “Quanto a nós, e do que se tem visto, como princípio, os empregadores, após a cessação do contrato de trabalho, não podem impedir os antigos trabalhadores de exercerem actividade concorrente.”

a. Prazo

Admite-se que os trabalhadores renunciem ao seu direito de escolher e de exercer uma atividade e direito de iniciativa económica, desde que essa renúncia não ultrapasse um período máximo de dois anos. Importa, porém, alertar para o facto de o n.º 5 do artigo 136.º do CT estabelecer um prazo especial de três anos, justificado estar aí envolvido um (ex-) trabalhador que ocupou funções de “*especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência*”.

O prazo terá de vir expressamente previsto, sob pena de nulidade do pacto ou da cláusula de não concorrência.

b. Forma

O CT prevê que uma obrigação de não concorrência conste de um acordo, sob a forma escrita. Estamos, por isso, perante uma formalidade *ad substantiam*¹¹ e não uma mera formalidade *ad probationem*, para efeitos, nomeadamente, dos artigos 220.º e 364.º do Código Civil¹².

Por outro lado, e porque o consentimento para a fixação de uma obrigação de não concorrência se traduz, afinal, numa renúncia¹³ a Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos¹⁴, deverá o mesmo ser prestado de forma expressa, livre e esclarecida por cada

¹¹ No entender de JÚLIO GOMES, “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, in Revista do Ministério Público, n.º 127, 2011, pág. 85 a forma escrita opera, aqui, “*uma função de proteção, não sendo apenas exigida por razões de segurança e certeza, mas para chamar a atenção do trabalhador para a gravidade do vínculo que assume*”. Assim, o legislador pretende assegurar que o trabalhador fica mais consciente ou, pelo menos, alertado para a restrição e limitação que assume por via desta cláusula.

¹² Doravante, CC.

¹³ Preferimos o termo “renúncia” a Direitos Fundamentais, no seguimento de JORGE REIS NOVAIS, *Renúncia a Direitos Fundamentais*, in Perspetivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976, 1996-1998, pág. 273, , na medida em que estamos perante um “*poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo*”, contudo, e uma vez que estamos no domínio de Direitos Fundamentais, a renúncia não implica a extinção do direito como no plano do direito civil. Não obstante, há Autores que preferem outros termos, por exemplo, MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO e JOÃO ZENHA MARTINS preferem a designação *auto-limitação*; já JORGE MIRANDA refere-se a *compromisso à não invocação de um direito fundamental*. GOMES CANOTILHO, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina Editora, 2012, pág. 428 não considera correto o termo “renúncia” por considerar que estamos apenas perante uma limitação ao exercício de um Direito Fundamental mediante a aposição de certas condições.

¹⁴ Veja-se, a este propósito, os artigos 47.º “*Liberdade de escolha de profissão*”, 58.º “*Direito ao trabalho*” e 61.º todos da CRP, acerca da liberdade de iniciativa económica e, ainda, a liberdade de exercício de profissão.

trabalhador. Este facto exclui a previsão de tais obrigações do âmbito dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

c. “Atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador”

Também por nos encontrarmos perante um caso de renúncia a Direitos Fundamentais pelo trabalhador, o escopo da obrigação de *non facere* terá de ser previamente limitado e respeitar o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º da CRP, e que vincula entidades públicas e privadas.

Do exposto resulta que não é toda e qualquer atividade laboral do trabalhador que pode quedar limitada, pois que isso atingiria o núcleo essencial dos seus Direitos Fundamentais¹⁵. Assim, a limitação imposta ao trabalhador terá de apresentar alguma relação com a atividade cujo exercício possa vir a causar prejuízo ao empregador.

Desde logo, constata-se, a este propósito, que a lei se basta com a mera possibilidade (de causar prejuízo ao empregador), o que resulta evidente da construção frásica: “*atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador*”¹⁶. Assim, existindo uma obrigação de não concorrência e tendo o trabalhador iniciado uma atividade concorrente com a do anterior empregador num mesmo mercado tal bastará para se dar por verificada a violação e o incumprimento da obrigação estabelecida.¹⁷ Facto que desonera o empregador de demonstrar

¹⁵ “*De facto, há uma parte da liberdade e da dignidade de cada pessoa que é absolutamente indisponível. Essa liberdade e essa dignidade são garantidas pelo “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, daí derivando que esse conteúdo e, com ele a dignidade da pessoa humana são intangíveis. Por conseguinte, os poderes do empregador e a liberdade negocial têm por limite intransponível a intangibilidade do conteúdo essencial de qualquer dos direitos fundamentais do trabalhador. [...] Se este conteúdo for atingido, a limitação da liberdade deixa de ser válida, é nula.*” JOSÉ JOÃO ABRANTES, *ob. cit.*, págs. 196 e 197.

¹⁶ Ainda antes da alteração legislativa que veio a suceder em 2009, o STJ já se vinha pronunciando neste sentido, fazendo uma analogia entre as obrigações de não concorrência e um crime de perigo, pelo que bastaria colocar o bem jurídico em risco para se cometer o ilícito, não se exigindo a efetividade do dano. *Vide, inter alia*, Ac. STJ de 12 de junho de 2003 (proc. n.º 03S745, Rel. Manuel Pereira): “*A alínea d) do n.º 1 do art.º 20 da LCT estabelece um estrito dever de lealdade do trabalhador, insito na própria essência das relações laborais e, para que ocorra a violação de tal dever, é indiferente que o trabalhador exerça individualmente a actividade concorrencial ou o faça por interposta pessoa, designadamente o seu cônjuge, ou criando (directa ou indirectamente) empresa ou sociedade de qualquer natureza cujo objecto se identifique com o da sua entidade patronal. Na violação da proibição da concorrência há uma espécie de ilícito de perigo, não sendo necessária a efectividade dos danos*”. De igual modo, Ac. TRL de 29 de março de 2006, (proc. n.º 863/2006-4, Rel. Isabel Tapadinhas): “*Para se falar de concorrência não é necessário que exista um efectivo desvio de informação, conhecimentos ou recursos (clientela), a que o trabalhador teve acesso pela posição que detinha na empresa, bastando que esse desvio seja potencial.*”

¹⁷ Tal entendimento é, de certa forma, confirmado pelo argumento histórico, considerando a alteração legislativa que ocorreu com a entrada em vigor da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. O CT em vigor até então (Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto) previa especificamente que a limitação era lícita, tratando-se de atividade cujo

que sofreu, em concreto, efetivos danos com essa atividade, bastando, pois, a mera possibilidade, abstrata, de aquela atividade o prejudicar.¹⁸

A jurisprudência tem entendido que o trabalhador exerce uma atividade em concorrência diferencial¹⁹ quando é capaz de causar um “*prejuízo especial*” ao antigo empregador, ou seja, “*um prejuízo causado por um concorrente diferente dos demais pelo seu especial contacto com a clientela e o acesso a informações confidenciais*”²⁰, contacto e acesso esses promovidos pelo antigo empregador.

O conceito de *concorrente diferencial* é, de igual modo, recorrentemente empregue nas situações de *trespasse* de uma empresa²¹, nas quais se compreende uma obrigação de não

exercício pudesse *efetivamente* causar prejuízo ao empregador (cfr. artigo 146.º do CT, de acordo com a redação dada pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto).

¹⁸A este propósito, JOÃO ZENHA MARTINS, *ob. cit.*, pág. 633, defende que “*não se estando perante um negócio jurídico com causa presumida, a concorrência interditável tem de respeitar a um conjunto de situações de facto com que o trabalhador tomou contacto e não a uma simples eventualidade de aquisição de conhecimentos ou ao potencial prejuízo que uma actividade exercível pelo trabalhador pode transportar. Neste sentido, o conceito subjacente é mais estreito, adscrevendo-se a efectividade exigível para a verificação de concorrência diferencial à efectividade implicável pela idoneidade da actividade quanto à causação de prejuízos ao empregador. [...] as actividades cujo exercício é vedado ao trabalhador são convencionalmente delimitáveis em função de juízos de adequação entre o perigo de dano concreto e essas actividades, o que, se, por um lado, conduz a uma desnecessidade de atender à variação da intensidade do perigo, implica, por outro, que se atenda à idoneidade da actividade ou das actividades interditas para produção de um dano em concreto, não sendo suficiente o simples perigo de dano, em abstracto.*” Não concordamos em absoluto com esta tese defendida pelo Autor: se, por um lado, no plano do *iure condendo* seria a solução preferível; por outro lado, a alteração legislativa parece colidir com esta solução, pois o desaparecimento do elemento “*efetivamente*”, que se afigura mais consentâneo com a ideia de perigo concreto, em detrimento da nova redação “*possa prejudicar*” relaciona-se mais com a ideia de perigo abstrato. Pelo que, não obstante, se ter de verificar a possibilidade de o trabalhador exercer uma concorrência diferencial, uma vez verificado este requisito, parece-nos que não é necessário ao empregador provar um dano efetivo para que daí resulte o incumprimento da cláusula de obrigação de não concorrência.

¹⁹JOÃO ZENHA MARTINS, *ob. cit.*, pág. 650 menciona que “*Para se poder falar de concorrência é, pois, essencial que sejam idênticas ou afins as actividades económicas prosseguidas por dois ou mais agentes económicos, embora não haja uma concepção unívoca. A susceptibilidade de provocação de um prejuízo ao antigo empregador implica que a actividade que o trabalhador possa vir a desenvolver se situe em mercados de produto e geográficos relevantes ou que, com base em premissas realistas, se possa entender que se situa em mercados do produto e geográficos relevantes em que o antigo empregador deseja entrar, mesmo que para tanto tenha de realizar investimentos adicionais necessários ou suportar outros custos de conversão, conquanto, neste quadro, a situação exista com consistência bastante à data da cessação do contrato de trabalho e o trabalhador conheça ou não deva desconhecer esta circunstância, assim se possa prognosticar com segurança, face às circunstâncias conhecidas e conjecturáveis, que este irá extrair verosimilmente benefícios efectivos com esses conhecimentos.*”

²⁰Ac. TRL de 20 de outubro de 2010 (proc. n.º 4883/07.5TTLSB.L1-4, Rel. Seara Paixão).

²¹Relativamente à noção de empresa segue-se a noção de ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Empresas*, Coimbra Editora, 2012, 1.ª edição, págs. 193 e 194, “[...] a empresa é antes de tudo, um processo produtivo (concebida a produção em sentido amplo, de modo a abranger a produção não só de bens ou serviços, mas de qualquer valor acrescentado em termos de circuito económico) destinado à troca sistemática e vantajosa: ou seja, à formação de um excedente financeiro que garanta quer a auto-reprodução do processo, quer o estímulo a essa auto-reprodução (sabido que sem auto-reprodução, incluindo a necessária reprodução ampliada, não há sistematicidade, e sem estímulo à auto-reprodução, esta, como dispêndio de energias, não se efetua). Sendo isso, porém, a empresa é necessariamente uma estrutura, isto é um complexo organizado de meios ou de factores com o mínimo de racionalidade e estabilidade que lhe garanta o mínimo de autonomia funcional (ou técnico-produtiva) e financeira (ou económico-reditícia) que lhe permitia emergir na intercomunicação das

concorrência implícita, justificada pelo “*dever do alienante entregar a coisa alienada e assegurar o gozo pacífico dela*”²². Entende-se que, face ao conhecimento (intrínseco) do negócio, em especial relativo a fornecedores e clientela, a abertura de um estabelecimento concorrente, por parte do trespassante, na mesma zona geográfica, poderia colocar em causa sobretudo os valores de exploração associados à empresa trespassada.²³ À semelhança do que sucede no Direito do Trabalho, as obrigações de não concorrência apresentam um âmbito de aplicação restrito, na medida em que apenas serão consideradas legítimas se a sua consagração for necessária à “*entrega efetiva do estabelecimento trespassado*”, se se circunscreverem ao “*raio de ação do estabelecimento trespassado*” e “*durante o tempo suficiente para se consolidarem os valores de organização e/ou de exploração da empresa transmitida na esfera de um adquirente-empresário razoavelmente diligente.*”²⁴

No âmbito laboral, JÚLIO GOMES²⁵ apelida estes trabalhadores de “*concorrentes particularmente perigosos*”, porquanto, no desempenho da sua atividade, acederam a um conjunto de informação que lhes permite o exercício de uma concorrência diferencial no mercado. E esta informação pode ser desdobrada em três segmentos: (i) o estreito contacto com a clientela; (ii) o acesso a informações sigilosas e exclusivas e (iii) a aquisição de *know-how* próprio da empresa²⁶.

Do exposto decorre que nem todos os trabalhadores podem estar vinculados a uma obrigação de não concorrência, mas tão somente apenas “*os trabalhadores que tenham ocupado*

produções (ou no mercado, lato sensu: o mercado é o local ideal da intercomunicação produtiva) como um centro emissor e receptor a se stante.” Conclui, nestes termos o Autor que, “*Vemos, pois, que não é empresa a produção para o auto-consumo ou para a benemerência. Mas também que não é empresa uma especulação episódica ou ocasional, ou seja, que não se intencionalize à auto-reprodução. E bem assim a produção que busca apenas cobrir despesas com receitas [...] ou, finalmente, a produção em que a pessoa do empresário tem um peso tão absorvente na formação do produto que não se identifica nem subsiste sem ele.*”

²² JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Volume I*, Coimbra, Almedina Editora, 2016, 10.^a Edição, pág. 314.

²³ Como conclui JORGE COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, pág. 315, “*Seria pois particularmente perigosa a concorrência por ele exercida; essa concorrência «diferencial» poria em risco a subsistência da empresa alienada, impediria uma efetiva entrega da mesma ao adquirente.*”

²⁴ JORGE COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, págs. 318 e 319.

²⁵ JÚLIO GOMES, “*Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 127, setembro, 2011, pág. 79. Adiantando que, “*Sublinhe-se, desde logo, que só nestes casos é que é legítima a introdução de uma cláusula de não concorrência [...]*”

²⁶ Na sua obra *Direito do Trabalho*, JÚLIO GOMES refere-se a estes elementos como indícios da concorrência diferencial. Cfr. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 612

*uma posição privilegiada na empresa, no que respeita à aquisição de conhecimentos relativos a clientela, técnicas ou fornecedores.”*²⁷

Acresce que não basta o trabalhador desenvolver uma concorrência diferencial, importando ainda garantir que o *diferencial* que ele traz ao mercado tenha sido transmitido pelo próprio empregador e que não seja, ao invés, a mera valorização daquilo que constitui o património próprio do trabalhador²⁸.

Urge, por outra parte, mencionar que o momento relevante para a definição de *concorrência diferencial* é aquele em que o trabalhador se desvincula do (anterior) empregador. Assim, já não existirá concorrência diferencial no caso em que o trabalhador decide iniciar uma atividade num outro ramo e depois por qualquer motivo o anterior empregador decide mudar de área de atividade, iniciando atividade num ramo de negócio similar àquele do seu (ex-) trabalhador.

No que respeita à especificidade da cláusula, vários Autores sustentam não bastar uma simples menção no sentido de que “*o trabalhador não pode exercer uma atividade ou mais atividades cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador*”²⁹, na medida em que isso consistiria numa simples reprodução da norma. Todavia, tal argumentação não merece o nosso acompanhamento. É verdade que tal indicação parece carecer de sentido útil. Não obstante, quando o seu conteúdo é reproduzido num contrato de trabalho ou num acordo de cessação do mesmo, passa a ser individual e concreto. E, apesar de, ainda assim, o seu conteúdo se poder considerar demasiado amplo, não se trata de algo indeterminável, exatamente porque deve ser

²⁷ RICARDO NASCIMENTO, “Deveres ou Pactos de Não Concorrência em Contratos de Treinadores de Futebol” in *The Balance between Worker Protection and Employer Powers, Insights from around the world*, pág. 458.

²⁸ Também designado por “*património profissional pessoal*” ou “*património profissional do trabalhador*”. De acordo com JOÃO ZENHA MARTINS, *ob. cit.*, pág. 628. “*O conceito de património profissional do trabalhador, por referência aos projectos, métodos ou técnicas criados por si, não pode, ressalvada a regulação sobre direito intelectual, ser objecto de tutela no âmbito do património imaterial da empresa, com vista a impedi-lo de trabalhar após a cessação do contrato de trabalho.*”. E ainda RICARDO NASCIMENTO, em relação aos treinadores de futebol, onde refere que “*Consideramos que um treinador faz uso daquilo a que correntemente se chama de “património pessoal” – uma experiência e saber técnico adquiridos na sua carreira, ao longo da normal execução do contrato, pela formação profissional a que teve direito no decurso do mesmo ou que adquiriu por conta própria, pelos conhecimentos adquiridos em virtude da sua diligência, inteligência e habilidade. [...] Existe um know-how e um know-why (conhecimento do jogo) que é próprio do treinador e não do clube, que está diretamente relacionado com a sua inteligência, inovação, habilidade e eficiência na execução da sua atividade*” RICARDO NASCIMENTO, “Deveres ou Pactos de Não Concorrência em Contratos de Treinadores de Futebol” in *The Balance between Worker Protection and Employer Powers, Insights from around the world*, pág. 458.

²⁹ Entre outros, JOÃO ZENHA MARTINS, *ob. cit.*, pág. 616. Explica este Autor que estamos, apenas, perante uma “[...] *replicação convencional da letra da lei, que não tendo qualquer conteúdo útil, é insusceptível de estabelecer a prestação [...].*”

concretizado a partir daquela atividade em que o trabalhador representa uma concorrência diferencial, por ensinamentos transmitidos pelo (antigo) empregador.

Compreendem-se as vantagens da estipulação de uma cláusula que preveja exatamente quais as atividades que o trabalhador está – por um determinado período – impedido de exercer; parece-nos, aliás, ser esta a solução preferível. No entanto, cremos já excessiva a cominação com a nulidade do pacto, quando apenas a clareza e precisão se podem colocar em causa. Em bom rigor, e como já decidido pelos nossos Tribunais superiores, há que não esquecer que a amplitude da cláusula prejudica o empregador, posto que, perante uma norma com um alcance tão lato, recairá sobre o empregador lesado o ónus de provar³⁰ que o trabalhador reúne as condições para promover uma concorrência diferencial naquela atividade, prejudicando, desta feita, os interesses económicos do ex-empregador.

d. Atribuição de uma compensação

Por último, o artigo 136.º do CT impõe que o empregador atribua ao trabalhador uma compensação durante todo o período de limitação da sua atividade.

Subjacente a esta prestação monetária está a ideia de compensação, como contrapartida pelo facto de o trabalhador se obrigar a não exercer uma atividade em relação à qual adquiriu e acumulou experiência. E não obstante se discuta a natureza jurídica desta figura³¹, tal como prevista no artigo 136.º do CT, o certo é que a consequência para os casos em que a mesma não venha prevista é a nulidade da obrigação de não concorrência, na medida em que o seu valor não esteja determinado e seja indeterminável³².

³⁰ Ac. TRL de 20 de outubro de 2010, (proc. n.º 4883/07.5TTLSB.L1-4, Rel. Seara Paixão): “*Cabe ao empregador que invoca em seu favor a cláusula de não concorrência demonstrar que os conhecimentos adquiridos pelo trabalhador no decurso do contrato implicam riscos particulares específicos para a empresa. Na falta de um interesse do empregador justificado pelo risco de uma concorrência diferencial a cláusula é nula.*”

Este interesse legítimo do empregador tem de ser alegado e provado pelo empregador, pois o mesmo não se presume, e, no caso concreto, não se deduz das funções legalmente atribuídas ao trabalhador.

No caso vertente, a Autora, ora Recorrente, não cumpriu esse ónus de alegação pois, não alegou factos relativos aos conhecimentos específicos e perigosos a que teria acesso o R. a que know how acedeu, que segredos conheceu, que clientela poderia desviar.”

³¹ A Doutrina refere-se a ela, por exemplo, como “retribuição”; “indenização”; “cláusula penal”; ou “multa penitenciária”. A este propósito, vd. JOÃO ZENHA MARTINS, *ob. cit.*, págs. 688 a 694.

³² A título meramente exemplificativo, Ac. do TRP de 8 de junho de 2017, (proc. n.º 3526/15.8T8OAZ.P2, Rel. Jerónimo Freitas): “*Um pacto de não concorrência será validamente celebrado, mesmo que dele não conste o valor exacto da compensação a atribuir ao trabalhador, isto é, sem que ele esteja determinado. Porém, na medida em que aquela compensação constitui objecto mediato do negócio jurídico, a mesma há-de ser, pelo menos, determinável. E, essa determinabilidade há-de resultar da aplicação de critérios previstos no próprio*

Neste seguimento, e pese embora a jurisprudência não considere esta compensação uma verdadeira retribuição³³, porque não resulta de uma contrapartida do trabalho, sendo antes o “preço” de uma obrigação de *non facere* que o trabalhador assume, certo é que se lhe tem reconhecido idêntica proteção, por se entender que “[...] gerando a sua estipulação expectativas legítimas que não podem ser ignoradas, [...] não é razoável permitir que as mesmas possam ser unilateralmente frustradas pelo empregador.”³⁴

3. Figuras afins

Resulta do que ficou exposto que o objetivo último da obrigação de não concorrência é a proteção dos interesses legítimos do empregador³⁵, evitando que o trabalhador utilize informação recolhida e aprendida no âmbito da relação laboral anterior e a aplique no seu novo local de trabalho, beneficiando o novo empregador em detrimento do seu antigo empregador, ou aproveitando os elementos para iniciar uma atividade por conta própria, concorrendo, assim, com a anterior entidade patronal. E, por isso, se justifica a atenção votadas à necessidade de

pacto, os quais devem ser objectivos. Os artigos 280º e 400º do CC, devem ser interpretados no sentido de que quando não conste logo determinada a compensação no pacto de não concorrência, a validade do mesmo está dependente de terem sido fixados critérios objectivos e operacionais que permitam proceder à sua determinação imediata ou no futuro. Inexistindo critérios que possibilitem esse processo operativo e, logo, a quantificação da compensação, a prestação não pode considerar-se determinável e, logo, o pacto de não concorrência é nulo.”

³³ O artigo 258.º do CT estipula que “retribuição” é “a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho”. Na senda de JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 248, nota de rodapé 265: “A noção legal de retribuição pressupõe, assim, a conjugação de dois elementos fundamentais: o carácter obrigatório da prestação e a corresponsividade desta com o trabalho. A falta de qualquer destes elementos retirará carácter retributivo à prestação efetuada.” Na Jurisprudência do TRP, veja-se o ac. de 11 de abril de 2018 (proc. n.º 721/17.9T8PNF.P1, Rel. Nelson Fernandes), onde se lê: “A retribuição do trabalho é integrada pelo conjunto de valores (pecuniários ou não) que a entidade patronal está obrigada a pagar, regular e periodicamente, ao trabalhador em razão da atividade por ele desempenhada – mais rigorosamente, da disponibilidade da força de trabalho por ele oferecida.”

³⁴ Ac. do STJ de 30 de abril de 2014, (proc. n.º 2525/11.3TTLSB.L1.S1, Rel. Mário Belo Morgado)

³⁵ JOÃO ZENHA MARTINS, *ob. cit.* pág. 208, explica: “Assim, e uma vez que se busca uma justificação para uma renúncia a um direito fundamental, é de exigir um interesse sério ou legítimo, postulado que há-de ser congruado com as construções desenvolvidas em torno do art. 398.º do CC: se, em abstracto, tudo está em saber se o acordo de limitação à liberdade de trabalho é apto à satisfação de determinadas necessidades empresariais, o interesse exigível consubstanciar-se-á na possibilidade de o empregador extrair uma utilidade com a limitação aplicável ao trabalhador ou na prevenção da provocação de alterações negativas no complexo da sua situação económica através do exercício, por parte do trabalhador, de um direito que o sistema lhe atribui. Este quid positivo, que contrasta com a prestação negativa que pende sobre o trabalhador após a validação dos acordos pelo sistema, pressupõe uma relação de interdependência entre a limitação assumida pelo trabalhador e o interesse que a justifica: por um lado, não há interesse se não houver utilizada para o empregador ou uma suscetibilidade de provocação de alterações negativas no complexo da sua situação económica; por outro, a limitação só é validamente assumível pelo trabalhador se houver um interesse, reconhecido pelo sistema, que a justifique, e cuja apreciação é viva e dinâmica: o interesse acompanha a vida da renúncia, não se confinando ao momento inicial.”

limitar a amplitude e o emprego de cláusulas que estabeleçam a obrigação de não concorrência, balizando-a aos casos em que a concorrência diferencial pelo (ex-)trabalhador é, não só plausível, como previsível. No entanto, existe um conjunto de figuras jurídicas que, não obstante produzam efeitos semelhantes, não deverão ser confundidas com a obrigação de não concorrência.

Destarte, da obrigação de não concorrência cabe distinguir:

a. Dever de não concorrência durante a execução do contrato

Em princípio, o trabalhador pode exercer uma atividade diferente, inclusive durante o período de execução do contrato de trabalho, conquanto aquele o faça fora do local e do horário de trabalho. Exige-se, neste caso, que a atividade exercida não seja concorrente com a do empregador, o que é nada mais do que um corolário do dever de lealdade³⁶ (dever acessório da relação contratual laboral) previsto na alínea *f*), do n.º 1 do artigo 128.º do CT.

Ora, a distinção face às obrigações de não concorrência é evidente, posto que o dever de não concorrência em causa produz os seus efeitos na vigência do contrato e não depende de convenção, além de configurar um imperativo legal decorrente das obrigações do trabalhador perante o empregador. A violação deste dever de não concorrência pode acarretar o despedimento com justa causa³⁷.

b. Pactos de exclusividade

O pacto de exclusividade não encontra respaldo na letra da lei e por isso há Autores que colocam em causa a sua validade, dado que falamos de pactos não tipificados³⁸, que limitam

³⁶ Concordamos com a visão de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 15.ª edição, pág. 250, que considera que tal dever de não concorrência, “*corresponde a um comando votado à defesa do interesse económico e empresarial do empregador*”, cuja função visa “*salvaguardar um bem particular que é a posição ocupada pelo empresário no mercado concorrencial*”, o que se compreende, pois caso contrário e, no limite, “*a atuação de um trabalhador por ele empregado contribu[i] para o desvio da sua clientela atual ou potencial para outro empresário atuando no mercado*”.

³⁷ Entre todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Concorrência laboral e justa causa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, disponível na ligação <https://portal.oa.pt/upl/%7B333a9d51-6c98-48c8-94e2-9a7f9bf73bc7%7D.pdf> (consultado a 3 de março de 2019)

³⁸ Entre todos, veja-se, por exemplo, João LEAL AMADO refere que se trata “*de um pacto que se perfila como um plus face ao dever de não concorrência (dado que esta apenas proíbe o exercício de atividade concorrente), o qual, não encontrando guarida no CT e analisando-se numa séria limitação da liberdade de*

Direitos Fundamentais do trabalhador. É que, mediante o “acordo do trabalhador”, o empregador consegue que aquele se vincule a não desenvolver uma outra atividade por conta própria ou por conta de outrem durante a vigência do contrato.

Ora, este tipo de pacto distingue-se da obrigação de não concorrência durante a execução do contrato, na medida em que, *in casu*, o trabalhador ficará impedido de desenvolver uma qualquer atividade, ainda que a mesma se não relacione com a sua. Por outras palavras, não estamos somente no âmbito de atividades concorrentes. Além do mais, e por relação com a figura de que aqui tratamos – as obrigações de não concorrência finda a relação laboral - a estipulação de uma cláusula de exclusividade não implicará a vinculação do trabalhador ao não exercício de uma atividade concorrente *post pactum finitum*.

c. Pactos de permanência

O pacto de permanência, previsto no artigo 137.º do CT, permite que empregador e trabalhador convençionem, no início da relação laboral ou no decorrer da mesma, que por causa das despesas avultadas com a formação profissional dada ao trabalhador, este, por sua vez, renuncie por um período não superior a três anos ao seu direito de denunciar o contrato, nos termos do artigo 400.º do CT.

Na versão anterior do CT, o n.º 2 do artigo 147.º previa especificamente que o trabalhador apenas limitava a sua liberdade de extinguir o seu vínculo laboral, no que respeitasse à demissão livre. Pelo contrário, e havendo fundamento para a resolução com justa causa subjetiva ou objetiva, o trabalhador poderia invocá-la e com isso fazer cessar o contrato. Apesar de, na versão atual, este segmento ter deixado de vir expressamente previsto, sempre se chegaria ao mesmo resultado, por interpretação do n.º 1 *a contrario*, em que o legislador prescreve que o trabalhador apenas “*se obriga a não denunciar o contrato de trabalho [...]*”.

Os pactos de permanência distinguem-se das obrigações de não concorrência, dado que o efeito jurídico dos primeiros se produz no decorrer da relação laboral. Além do mais, a obrigação de *non facere* a que o trabalhador se vincula é diferente, pois que aqui em causa está

trabalho, não pode deixar de suscitar muitas cautelas quanto aos termos da sua admissibilidade”. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho à luz do novo código do trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 375.

a obrigação de não romper o seu vínculo contratual inopinadamente, por um período que pode chegar até três anos, continuando a desenvolver a sua atividade para aquele empregador.

d. Acordo de confidencialidade

O acordo de confidencialidade visa obstar a que o trabalhador divulgue ou utilize informações sigilosas, referentes à *vida* da empresa, que são do seu conhecimento por via das suas funções e por causa do exercício das mesmas durante a vigência do contrato de trabalho.

Ao contrário da obrigação de não concorrência *post pactum finitum* o acordo de confidencialidade não impede o trabalhador de exercer uma atividade concorrente, apenas o impossibilita de utilizar ou revelar informações que são propriedade da entidade empregadora³⁹.

e. Acordos sobre a clientela

No âmbito destes acordos, empregador e (ex-)trabalhador acordam que este último não possa recorrer às listas de clientes que o empregador possui para iniciar e desenvolver a sua atividade.

Por vezes, um acordo sobre a clientela vem inserido numa “cláusula de obrigação de não concorrência” *lato sensu*, não obstante poder ser individualizável. Neste caso particular, o empregador não proíbe o trabalhador de desenvolver uma atividade concorrente, antes lhe restringindo o âmbito de possíveis clientes-alvo. É nosso entendimento que, em sede de acordos sobre a clientela, deveria operar uma distinção semelhante à aplicada pela Comissão Europeia relativamente às vendas ativas e às vendas passivas⁴⁰, tal significaria que estes acordos preveriam exclusivamente a proibição de o trabalhador contactar ativamente o cliente do seu ex-empregador, não sendo lícita a estipulação de que se for o cliente a entrar em contacto com o ex-trabalhador, este tivesse o dever, ainda que convencional, de recusar o seu pedido.

³⁹ Como defende JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, pág. 623 “*Em suma, parece que as cláusulas de confidencialidade têm, após a cessação do contrato de trabalho, um alcance relativamente limitado: elas podem impedir validamente a divulgação de factos que não fazem parte da experiência profissional, mas não poderão indiretamente acarretar a interdição de uma atividade concorrente com a do anterior empregador.*”

⁴⁰ A este propósito, *cfr.* Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

f. Proibição de contratar antigos colegas

À semelhança do que acontece no acordo sobre a clientela, também a proibição de contratar antigos colegas resulta comum no âmbito de uma “obrigação de não concorrência” mais geral, embora também aqui possa ser destacável.

Por via deste acordo, o (ex-) trabalhador fica impedido de contactar antigos colegas, por forma a aliciá-los a aderirem ao seu projeto, vindo a trabalhar para si ou consigo.⁴¹ Não estaremos, nessa hipótese, perante proibição de desenvolver uma atividade concorrente, mas tão só em face da proibição de, iniciando uma (qualquer) atividade, recrutar trabalhadores que desenvolvam a sua atividade para o (ex-) empregador. O empregador evita, assim, sofrer um decréscimo significativo da sua força produtiva.

g. Concorrência desleal

A concorrência desleal não está dependente do binómio “empregador – trabalhador”. Em bom rigor, existe um dever geral⁴² de abstenção da prática de condutas que consubstanciem uma concorrência desleal, nos termos previstos no artigo 311.º do Código da Propriedade Industrial⁴³. Como defende JÚLIO GOMES, “*o trabalhador está apenas sujeito aos limites gerais da proibição da concorrência desleal, proibição esta que abrange por igual ex-trabalhadores e todos os que nunca tiveram essa qualidade relativamente a uma certa empresa*”⁴⁴.

O foco da concorrência desleal é a garantia de que, no mercado, os agentes económicos – quando exercem e pretendem fazer crescer a sua atividade – se comportam de forma leal e de acordo com os ditames da boa fé, protegendo, assim, *prima facie* os concorrentes e, num segundo momento, os consumidores.

⁴¹ Entendemos também, aqui, que deve operar a distinção que mencionamos em sede de acordos sobre a clientela.

⁴² Discordamos da perspetiva aventada por MARIA PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Coimbra, Almedina, 2012, 4.ª edição, pág. 955 que descreve um “dever geral de não concorrência do trabalhador, na pendência do contrato, enunciados no art. 128.º n.º 1e) do CT, que sobrevivem ao fim do contrato, vedando ao trabalhador que faça concorrência desleal ao seu antigo empregador e que divulgue factos sigilosos de que teve conhecimento no exercício da sua actividade laboral na empresa e por causa dessa actividade.”

⁴³ Doravante, designado abreviadamente por CPI.

⁴⁴ JÚLIO GOMES *apud* Ac. TRP de 16 de dezembro de 2015, (proc. n.º 1347/15.7T8PNF.P1, Rel. António José Ramos).

Do exposto resulta que, ao contrário das obrigações de não concorrência *post pactum finitum*⁴⁵, a proibição de concorrência desleal é um imperativo legal. Nesse sentido, o trabalhador não está, por esta via, obrigado a não concorrer diretamente com o empregador; obriga-se sim a, caso venha a concorrer, desenvolver a sua atividade sem praticar *atos de concorrência contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica*. Ou seja, o trabalhador terá de se abster de executar atos que *i)* provoquem confusão no mercado; *ii)* denigrem infundadamente qualquer concorrente ou a sua atividade e *iii)* sejam enganosos.⁴⁶

⁴⁵ A propósito da concorrência desleal e a destriça entre o dever de não concorrência no decorrer da relação laboral, vide ANA CLARA DE AZEVEDO AMORIM, “A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos”, in *Revista Eletrónica de Direito*, junho de 2017, pág. 26: “No entanto, a violação do dever de lealdade do trabalhador constitui uma modalidade de concorrência ilícita, que incide sobre o próprio exercício da actividade económica, proibindo-a ou restringindo-a. Não deve, por isso, ser confundida com a Concorrência Desleal, ainda que subsistam algumas semelhanças ao nível do regime jurídico, sobretudo se o pressuposto do acto de concorrência enunciado no n.º 1 do artigo 317.º do CPI for entendido no sentido de limitar a aplicabilidade da disciplina às actividades desenvolvidas no mesmo sector, uma vez que também relativamente ao trabalhador não deve ser proibida a situação de pluriemprego, a não ser que as partes tenham estipulado uma cláusula de exclusividade.”

⁴⁶ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se, entre todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência desleal*, Coimbra, Edições Almedina, 2002 e, ainda, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral da Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2000.

Capítulo II – A crescente influência do Direito da Concorrência no Direito do Trabalho

1. A exclusão dos trabalhadores por conta de outrem do âmbito de aplicação do Direito da Concorrência

De acordo com o artigo 2.º do Regime Jurídico da Concorrência⁴⁷, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, ficam abrangidas “*todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo*”, sendo que nos termos do artigo 3.º do RJC “*empresa, para efeitos da presente lei, [é] qualquer entidade⁴⁸ que exerça uma atividade económica⁴⁹ que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*”.

Na determinação daquilo que se entende ser subsumível ao conceito de “*empresa*”, o Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁰ optou por um critério funcional, critério esse que foi, posteriormente, acolhido pelas legislações nacionais dos restantes Estados-Membros.

Como ensina MIGUEL MOURA E SILVA “*a função do conceito [empresa] deve ser entendida não apenas enquanto forma fluida de captar a organização de fatores produtivos orientados para uma mesma finalidade e sim como um conceito que visa tornar operativa a finalidade das regras de concorrência: garantir uma concorrência não falseada no mercado interno ou, numa aceção mais atual, salvaguardar uma concorrência efetiva nesse espaço.*”⁵¹

Isto explica, aliás, a preferência pelo conceito “*empresa*”, em detrimento de conceitos como os de “*sociedade*”⁵², o que torna possível não só que diferentes tipos de entidade se encontrem sob a alçada do Direito da Concorrência, desde que exerçam uma atividade

⁴⁷ Doravante, RJC.

⁴⁸ “*An ‘entity’ for these purposes includes both natural and legal persons as well as State bodies*”. CHRISTOPHER TONLEY, *The Concept of an ‘Undertaking’: The Boundaries of the Corporation - A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries*, G. Amato & C. Ehlermann, eds., Hart Publishing, Oxford, 2007, pág. 4. Disponível na seguinte ligação: <https://ssrn.com/abstract=1358649>. Consultado em 29 de setembro de 2019

⁴⁹ “*An ‘economic activity’ is any activity consisting of offering goods and services on a given market; the activity in question must be capable of being carried on, at least in principle, with a view to profit.*” CHRISTOPHER TONLEY, *ob.cit.*, pág. 4.

⁵⁰ Doravante, TJUE.

⁵¹ MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, Lisboa, AAFDL, março de 2018, pág. 244.

⁵² CARLOS BOTELHO MONIZ ET ALS., in “*Lei da Concorrência Anotada*”, Coimbra, Almedina, 2016, págs. 31 e 32: “*O conceito de empresa, tal como decorre da interpretação do n.º 1 do art. 3.º, é um conceito funcional, não formal e abrangente, suscetível de abarcar quer pessoas coletivas, quer pessoas singulares. [...] O conceito de empresa abrange, em síntese, qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.*”

económica, como também considerar, por exemplo, um grupo de sociedades como uma unidade económica, muito embora, sob o prisma jurídico, estejamos perante pessoas distintas.

De acordo com o acolhimento da teoria da unidade económica (*cf.* n.º 2 do artigo 3.º do RJC), as sociedades ligadas por uma relação de domínio ou de grupo não concorrem entre si, pelo que as relações contratuais entre si estabelecidas não cairão no escopo do Direito da Concorrência. Se assim não se entendesse, a sociedade-mãe não poderia dar diretrizes às suas subsidiárias, sob pena de violar o artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁵³ e a nível nacional, o artigo 9.º do RJC.

Quanto ao conceito de atividade económica, elemento integrante da noção de empresa, urge referir que o TJUE o define como *a oferta de bens e serviços num determinado mercado, em princípio, com fim lucrativo*.⁵⁴ Exige-se, por isso, o caráter económico da atividade, para que a entidade que a exerça fique sujeita ao âmbito de aplicação do Direito da Concorrência.

Exige-se ainda – acresce referir – que o agente económico *assuma um risco de empresa*, elemento que exclui os trabalhadores por conta de outrem⁵⁵ do escopo aplicativo do Direito da Concorrência. E isto porque a sua atividade, ainda que produtiva, não acarreta um qualquer risco de empresa, pois que, embora tenha autonomia técnica, encontra-se sob a direção, fiscalização e subordinação do empregador⁵⁶.

É com base nestes pressupostos que, de acordo com a jurisprudência do TJUE os trabalhadores por conta de outrem não desempenham uma atividade relevante para efeitos do Direito da Concorrência o que conduz a que não se encontrem abrangidos pelo seu âmbito da sua aplicação.

⁵³ Daqui adiante, referido como TFUE.

⁵⁴ Entre outros, proc. C-309/99 J.C.J Wouters e outros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten [2002] ECR I-1577 (Wouters) par. 47 e proc. C-180/98 a C-184/98 Pavel Pavlov e outros contra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten [2000] ECR I-6451 (*Pavlov*).

⁵⁵ Entre outros, Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA v Commission [1975] ECR 1663, parágrafo 539: “*If such an agent works for his principal he can in principle be regarded as an auxiliary organ forming an integral part of the latter’s undertaking bound to carry out the principal’s instructions and thus, like a commercial employee, forms an economic unit with this undertaking*”.

⁵⁶ Entre outros, Ac. TJ (Sexta Secção) de 16 de setembro de 1999, Proc. n.º C-22/98, *Becu*, parágrafo 26 no qual se pode ler: “*It must therefore be concluded that the employment relationship which recognised dockers have with the undertakings for which they perform dock work is characterised by the fact that they perform the work in question for and under the direction of each of those undertakings, so that they must be regarded as ‘workers’ within the meaning of Article 48 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 39 EC), as interpreted by the case-law of the Court (see, as regards the definition of ‘worker’, the *Merci* judgment, paragraph 13). Since they are, for the duration of that relationship, incorporated into the undertakings concerned and thus form an economic unit with each of them, dockers do not therefore in themselves constitute ‘undertakings’ within the meaning of Community competition law.*”

Desta premissa resulta que os acordos celebrados entre o empregador e o trabalhador e que regulamentem a execução do seu trabalho – como, por exemplo, os pactos de permanência –, não serão apreciáveis à luz do Direito da Concorrência, na medida em que uma das partes não se subsume ao conceito de empresa.

Prosseguindo, também os Sindicatos não poderão, em consequência, ser subsumidos ao conceito de associações de empresas. O contrário conduziria a que todos os acordos ou negociações relativos, por exemplo, à fixação do salário mínimo fossem, em termos concorrenciais, lícitos⁵⁷.

Ora, aplicado o exposto à obrigação de não concorrência pós-contratual cumpre aferir, porquanto a mesma não produz qualquer efeito durante o período de execução do contrato – ou seja, durante o período em que o trabalhador o é por conta de outrem não sendo aí considerado uma “*empresa*” – se esta particularidade é ou não relevante no que respeita à aferição da sua validade, à luz do Direito da Concorrência.

2. Os acordos restritivos da liberdade de contratar (à revelia do trabalhador): os acordos entre empresas para não contratarem trabalhadores entre si e para fixação de salários

Em outubro de 2016, o *Department of Justice*⁵⁸ e a *Federal Trade Commission*⁵⁹ norte-americanos emitiram uma recomendação conjunta⁶⁰ alertando os responsáveis pela contratação de trabalhadores de que iriam proceder criminalmente contra as empresas e/ou contra as pessoas

⁵⁷ Neste sentido, *vd.* IOANNIS LIANOS ET ALS., “Rethinking the Competition Law/Labour Law interaction – Promoting a fairer labour market” in Centre for Law, Economics and Society (CLES), agosto 2019, pág. 15: “*It is fair to say that, since Becu, [...] EU competition law, as developed by Court, now provides immunity from competition law to collective labour labour agreements concluded between associations of workers (labour unions) and employers, when two cumulative conditions are met: (i) they are entered into in the framework of collective bargaining between employers and employees and (ii) they contribute directly to improving the employment and working conditions of workers.*”

⁵⁸ Doravante, referido abreviadamente como DOJ.

⁵⁹ Adiante, referido abreviadamente como FTC.

⁶⁰ Disponível no seguinte sítio da internet <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>, consultado em 20 de julho de 2019.

singulares, dentro das organizações, que acordassem⁶¹ não contratar ou não solicitar⁶², entre si, trabalhadores, ou, ainda, que acordassem fixar os salários dos trabalhadores ou outros termos de compensação, quer de forma específica, quer estabelecendo limites, acabando, desta feita, por nivelar a remuneração dos trabalhadores nas diferentes empresas concorrentes⁶³.⁶⁴ A recomendação assim lançada corresponde ao culminar da atividade destas duas entidades, no plano civil, contra empresas, sobretudo nas áreas da tecnologia e da saúde⁶⁵.

Com efeito, através da celebração deste tipo de acordos as empresas envolvidas ora obrigam-se a não concorrer entre si, ora reduzem substancialmente os incentivos à mudança de local de trabalho, desta forma falseando, restringindo e impedindo a livre concorrência no mercado dos trabalhadores. Na nota de imprensa emitida, o DOJ e a FTC explicam que estes acordos eliminam irremediavelmente a concorrência – à semelhança, aliás, dos acordos que

⁶¹ Importa referir que, para efeitos do Direito da Concorrência, a existência de um acordo não implica a sua formalização, ou seja, que esteja escrito ou sequer concluído. Pelo contrário, basta haver uma manifestação de interesse, um comportamento concludente que demonstre que as empresas estão a agir de forma concatenada ou simplesmente a evidência de que informação sensível foi disponibilizada. Neste sentido, *vd.* sentença do TCL de 2 de maio de 2007 (proc. n.º 965/06.9TYLSB): “*A noção de acordo não resulta expressamente da Lei da Concorrência mas quer a doutrina quer a jurisprudência, nacional e comunitária, são unânimes no conteúdo de dar a este conceito: está em causa uma noção muito ampla que abrange todos os contratos de que derivem obrigações juridicamente vinculativas para as partes como simples acordos, independentemente da forma que revistam [...]. Um acordo relevante para efeitos da lei da concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico*”. Por facilidade de exposição, todas estas situações estarão abrangidas no termo de “acordos”.

⁶² Normalmente, estes acordos são referidos como *non-poaching agreements*, enquanto que a proibição de contratar (*not hiring agreement*) implica que as empresas não possam nem entrar em contacto, nem aceitar o contacto por iniciativa do trabalhador. O acordo de não solicitação (*non-solicitation agreement*) apenas estabelece que as empresas não podem abordar diretamente o trabalhador; contudo se for este a iniciar o contacto com a entidade, o contrato de trabalho pode ser celebrado, sem quebra do acordo entre empresas.

⁶³ Pode ler-se nas recomendações emitidas que estas não se aplicam a qualquer restrição que tenha sido acordada entre o trabalhador e o empregador e, portanto, não se pode entender como aplicável às obrigações de não concorrência, como previstas no artigo 136.º do CT português. (“*Note that this guidance does not address the legality of specific terms contained in contracts between an employer and an employee, including non-compete clauses.*” – pág. 2).

⁶⁴ A isto acresce que o trabalhador lesado pode iniciar um processo civil contra as empresas pelos danos que o acordo lhe tenha causado. (“*In addition, if an employee or another private party were injured by an illegal agreement among potential employers, that party could bring a civil lawsuit for treble damages (i.e., three times the damages the party actually suffered).*” – págs. 2 e 3).

⁶⁵ A atividade persecutória, sobretudo do DOJ, tem sido intensa, sobretudo nos anos de 2018 e 2019. A este propósito, *vide*: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4d197ac7-ff18-4239-9cd8-4a58e7652d48> e <https://www.skadden.com/insights/publications/2019/02/no-poach-update>. Consultados a 20 de julho de 2019.

fixam os preços de bens ou alocam mercados, os quais têm sido tradicionalmente alvo de investigações criminais⁶⁶ e considerados das mais graves práticas anticoncorrenciais.⁶⁷

Com esta visão, o DOJ e a FTC oficializam o entendimento de que os trabalhadores são uma peça fundamental de um mercado competitivo, inovador e concorrencial e, portanto, da mesma forma que as autoridades da concorrência investigam práticas restritivas, de empresas que falseiam as regras do mercado para potenciar os seus lucros, deveriam também considerar que a mão-de-obra configura um mercado: o do produto-trabalho. Mercado esse que resulta premente, em especial, num tempo em que as empresas necessitam de trabalhadores altamente especializados ou em que a oferta de mão-de-obra é diminuta face à procura.

A recomendação vem, em nosso ver, revolucionar o modo como o Direito da Concorrência e, em consequência, as empresas, olham para os trabalhadores: como um produto inserido num mercado. Isto potencia a concorrência entre as empresas, com mais benefícios e melhores condições para os trabalhadores, pois da mesma forma que uma empresa se obriga a inovar de forma constante e contínua (por não estar garantida quanto ao facto de as demais oferecerem as mesmas condições), assim também estará obrigada a constantemente proporcionar melhores condições ao trabalhador, porque está impedida de coordenar-se com outras empresas ao nível da contratação de trabalhadores. Assim, se a empresa quer manter os melhores, terá de lhes dar as melhores condições.⁶⁸

O DOJ e a FTC consideram que as restrições assim impostas ao trabalhador, à sua revelia, configuram restrições da concorrência *per se*, o que implica que a mera celebração desse pacto é suficiente para que a conduta das empresas, e das pessoas singulares que a perpetraram, seja considerada ilícita e consequentemente punível. Ou seja, é desnecessário apreciar os seus efeitos concretos no mercado.

⁶⁶ A este propósito, cumpre esclarecer que as infrações ao Direito da Concorrência não configuram infrações penais em todos os países. A título meramente exemplificativo, nos Estados Unidos da Américas estas infrações são avaliadas de um ponto de vista meramente civil ou penal, enquanto que em Portugal, as infrações ao Direito da Concorrência configuram uma prática punível do ponto de vista contraordenacional, sem prejuízo de posteriormente os consumidores fazerem valer os seus direitos indemnizatórios no plano civil.

⁶⁷ Na nota de imprensa, na sua versão original, lê-se: “*These types of agreements eliminate competition in the same irredeemable way as agreements to fix the prices of goods or allocate customers [...]*.” Disponível no sítio: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-federal-trade-commission-release-guidance-human-resource-professionals>, consultado a 20 de julho de 2019.

⁶⁸ Claro está que as empresas podem, por si e de forma independente, estabelecer políticas de contratação, os benefícios a atribuir, limites salariais. No entanto, tais políticas de contratação têm de se manter no seio da empresa, não podendo ser divulgadas ou trocadas com terceiros, especialmente empresas concorrentes, pois tal informação é considerada como informação sensível e, por isso, a partilha da mesma constitui uma potencial restrição à concorrência.

Embora próximas, esta prática terá de ser diferenciada da troca de informação sensível que pode ocorrer, por exemplo, aquando de uma negociação entre empresas tendente a uma prospetiva operação de aquisição ou fusão. A troca de informação sensível poderá também ela constituir uma prática anticoncorrencial. Contudo – e ao contrário do estabelecido para os *non-poaching agreements* e os *wage-fixing agreements* – esta já não se considera, regra geral, uma restrição *per se*, o que significa que deve ser abordada segundo a *rule of reason*⁶⁹, cabendo à entidade que conduz a investigação provar os seus efeitos anticoncorrenciais. Nestes casos, e na medida em que se prove a necessidade e legitimidade da partilha de informação acerca dos trabalhadores, nenhuma responsabilidade recairá sobre as empresas. Em tal caso não estaremos perante uma prática anticoncorrencial, mas antes em face de uma prática negocial comum e “*pro-mercado*”.⁷⁰

No prisma nacional, a Autoridade da Concorrência ainda não se pronunciou sobre estes acordos. No entanto, o certo é que o artigo 138.º do CT, sob a epígrafe “*Limitação da liberdade de trabalho*”, determina que “(é) nulo o acordo entre empregadores, nomeadamente em cláusula de contrato de utilização de trabalho temporário, que proíba a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização.”

Na figura do contrato de trabalho temporário, intervêm três sujeitos: o trabalhador temporário, a empresa de trabalho temporário e o utilizador. Estamos, na verdade, perante dois contratos, e não apenas um: i) o contrato de trabalho celebrado entre uma empresa de trabalho

⁶⁹ A *rule of reason* traduz-se numa abordagem legal dos tribunais e autoridades da concorrência, que procura avaliar os efeitos de uma prática anticoncorrencial, por forma a decidir se aquela conduta em concreto deve ser julgada ilegal e, consequentemente, proibida. Casos há em que uma prática *prima facie* considerada anticoncorrencial se revela com efeitos pró-concorrenciais. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se Organisation for economic co-operation and development in “Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law”, março de 1990, pág. 78. No Direito da Concorrência distingue-se as restrições por objeto das restrições por efeito; como descrito no Ac. TRL de 7 de novembro de 2007 (proc. n.º 7251/2007-3, Rel. Carlos Almeida) “*Tais atos só são proibidos: a) quando o acordo ou a decisão referidas tiverem por objeto impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do território nacional; ou b) quando o acordo, a decisão ou a prática concertada provocarem esse mesmo efeito sobre a concorrência. Nesta disposição legal prevêem-se tipos de mera atividade e de perigo, na modalidade de aptidão e tipos de resultado e de dano, exigindo-se quanto a estes últimos a imputação objetiva do resultado à conduta.*” Assim, enquanto as restrições por objeto são conotadas com os crimes de perigo; por sua vez as restrições por efeito são conotadas com os crimes de resultado. Veja-se também LUÍS SILVA MORAIS, *Os conceitos de objeto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infrações de concorrência*, Almedina, Coimbra, 2009.

⁷⁰ “[...] the DOJ will not criminally prosecute no-poach agreements necessary to legitimate business collaborations or the settlements of theft of trade secrets disputes. By contrast, a shared desire among competitors to hold down costs or safeguard the benefits of their own employee training would not qualify as legitimate reasons for no-poach agreements.” - DINA HOFFER, ELIZABETH PREWIT, “To hire or not to hire: U.S. cartel enforcement targeting employment contracts”, in *Concurrences* n.º 3, 2018, pág. 83.

temporário e o trabalhador, competindo àquela o pagamento da retribuição em contrapartida da qual o trabalhador se obriga a executar a sua atividade perante os utilizadores, mantendo o vínculo jurídico-laboral à empresa de trabalho temporário; e *ii*) o contrato de utilização de trabalho temporário celebrado entre o utilizador e uma empresa de trabalho temporário.⁷¹ É ao nível deste segundo contrato que o artigo 138.º do CT comina com a nulidade a estipulação da cláusula que impeça o trabalhador temporário de, uma vez cessado o contrato de trabalho com a empresa de trabalho temporário, estabelecer uma nova relação laboral com o utilizador⁷².

Apesar de a previsão da norma respeitar a uma realidade mais restrita e especial em face da hipótese geral que temos vindo a estudar (respeitante aos acordos entre empresas, não necessariamente entre utilizadores e empresas de trabalho temporário), parece-nos que a *ratio* da norma poderá ser estendida aos acordos em análise. Assim, nada obsta a que – na falta de qualquer outra disposição – se considerem nulos os acordos entre empresas que, entre si, proibam a contratação ou fixem salários. Na verdade, em todos os cenários o trabalhador acaba por ver o seu direito de liberdade de trabalho cerceado por um acordo em relação ao qual é absolutamente alheio, quase como se aqui pudéssemos encontrar um verdadeiro “contrato em (des)favor de terceiro”.

Nestes termos, e não obstante a lei laboral poder elucidar sobre as consequências de uma ilegítima limitação da liberdade de contratar do trabalhador, consideramos ser desejável, *de lege ferenda*, uma solução que permita ao à Autoridade da Concorrência, analisar e sancionar acordos ilegítimos e prejudiciais à sã concorrência no mercado de trabalho, tanto do lado da oferta como do da procura⁷³.

⁷¹ Na esteira de JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, pág. 99 “*Em certo sentido, o trabalhador temporário arrisca-se, como alguém escreveu, a «servir dois amos», a empresa que o contrata (mas que o não emprega) e a empresa que o emprega (mas que o não contratou).*”

⁷² A este propósito, *vd.*: “*O presente preceito, se visa, como os dois que o precedem nesta subsecção, acautelar a liberdade de trabalho do trabalhador, deles se diferencia contudo por se referir, não já a estipulações entre trabalhador e empregador, mas a acordos entre empregadores tendo como objetivo ou efeito proibir «a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho» ou obrigar, em tal hipótese, «ao pagamento de uma indemnização».*” PEDRO ROMANO MARTINEZ ET ALS., *Código do Trabalho – Anotado*, Coimbra, Almedina, Edição 11.º, 2017, anotação única ao artigo 138.º do CT.

⁷³ Uma hipótese como a que sugerimos implicaria, em nosso ver, uma reestruturação da atual organização interna da Autoridade da Concorrência, talvez se justificando a criação de uma secção especializada em matéria laboral, com o dever de interação e cooperação com as autoridades inspetivas em matéria de Direito do Trabalho.

Capítulo III – A obrigação de não concorrência *post pactum finitum* e o Direito da Concorrência

1. O (ex-) trabalhador como um concorrente potencial

As cláusulas de não concorrência inseridas em contratos de trabalho não podem servir como um instrumento que permita ao empregador restringir, falsear ou impedir a concorrência.⁷⁴ Como já foi anteriormente abordado, elas apenas se justificam quando o trabalhador é um “*concorrente especialmente perigoso*”⁷⁵ ou um “*concorrente qualificado*”⁷⁶, dentro dos limites temporais e espaciais que a Lei determina.

Não esquecendo a necessária proteção que deve ser votada ao empregador, o CT impõe-lhe, porém, que – para que possa acordar com o antigo trabalhador no não exercício por este de uma atividade económica concorrente com a sua, seja por conta de outrem, seja de forma independente – ele deva pagar ao seu (ex-)trabalhador uma compensação monetária.

Nunca é demais sublinhar que a atividade exercida pelo trabalhador resume, em princípio, aquilo que ele “melhor sabe fazer”, e o empregador, reconhece precisamente isso quando, com o intuito de eliminar o risco associado a essa “*concorrência diferencial*”, acede em pagar ao seu trabalhador para que com ele não concorra.

Do ponto de vista económico, e segundo nos parece, a cláusula acaba sendo contraproducente⁷⁷, visto que mais não é do que um obstáculo ao desenvolvimento económico

⁷⁴ A este propósito, “a cláusula de não concorrência «não pode ser um instrumento para que os empregadores se protejam da concorrência per se», sacrificando sem mais o talento, a competência e os conhecimentos que um trabalhador pode oferecer à sociedade.”, JOÃO ZENHA MARTINS, ob. cit., p. 632.

“O trabalhador era director de uma editora, contactando, nessa qualidade, e de forma frequente, com vários clientes. Celebrou um pacto de não concorrência, comprometendo-se a não desenvolver actividade similar num raio de 12 milhas. Cessado o contrato de trabalho, criou uma editora em área geográfica coberta pela interdição territorial prevista no acordo. O tribunal considerou a cláusula nula por entender que os interesses do antigo empregador se encontravam falhos de legitimidade; estes, no juízo do tribunal, mais não eram do que evitar a concorrência.” JOÃO ZENHA MARTINS, ob. cit. p. 632 e 633, nota de rodapé n.º 2391.

⁷⁵ JÚLIO GOMES, Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, in Revista do Ministério Público, n.º 127, setembro, 2011, pág. 79

⁷⁶ JORGE COUTINHO DE ABREU, ob. cit., pág. 315.

⁷⁷ “O facto (i) de constituírem um freio à livre circulação do conhecimento e à livre concorrência entre agentes económicos, (ii) de produzirem efeitos inibitórios quanto ao desenvolvimento tecnológico, (iii) de impedirem um alargamento, ainda que reflexo da produção/ prestação concomitante de bens ou serviços (cujo efeito natural é a descida dos preços desses bens ou serviços e (iv) de poderem bloquear a utilização difundida de elementos essenciais à investigação científica (por exemplo: medicação), potencia, nessa medida, um aceso debate acerca da sua eficiência económica”, JOÃO ZENHA MARTINS, ob. cit., pág. 146.

e à livre concorrência no mercado. Na verdade, ela desincentiva o empregador a inovar e, por consequência, desacelera a inovação e renovação naquele mercado. O empregador que controla a sua concorrência limitando a liberdade de exercício dos seus anteriores trabalhadores não tem qualquer incentivo à “melhoria” ou “receio” de se tornar pouco competitivo. Não há, além do mais, qualquer incentivo ao surgimento de novos agentes no mercado, porquanto os que o conhecem, acabarão impedidos de nele se envolverem.⁷⁸ Pelo que, mesmo perante os consumidores, estas obrigações não traduzem qualquer vantagem.

Ora, os diferentes ramos do Direito não são estanques, muito pelo contrário, eles interrelacionam-se. Por conseguinte, surge necessária uma reflexão sobre as obrigações de não concorrência, que, ainda quando sejam aceites e consideradas legítimas ao abrigo do Direito do Trabalho, sempre deverão ser analisadas do prisma jusconcorrencial⁷⁹.

Para esse efeito, importa compreender e densificar o conceito de *concorrente potencial*, conceito fundamental para o Direito da Concorrência, e que, apesar de não resultar taxativamente definido, se encontra densificado nas *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais, nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo de concentrações de empresas*,⁸⁰ da Comissão Europeia.

⁷⁸ A clausula é, aliás, contraditória do ponto de vista da política legislativa. A este propósito, acerca da promoção do direito ao trabalho e liberdade ao trabalho, Direitos Fundamentais previstos na CRP, JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, págs. 269 e 270, diz-se: “Por isso mesmo, numa ordem constitucional como a nossa, assente numa «valorização ético-axiológica» da dimensão da ação do Estado «na efetivação das condições materiais e objetivas potenciadoras da realização do indivíduo», mas que concilia e harmoniza os valores da autonomia individual e da solidariedade, reveste-se de uma especial perversidade toda e qualquer medida ou política legislativa e/ou administrativa que direta ou indiretamente, com intencionalidade ou por deficiência [...] possa comportar lesões injustificadas à liberdade de escolha de profissão de um particular, sobretudo quando corresponda a tais lesões simétricos e ilegítimos benefícios de interesses profissionais também particulares ou privados. É que tais intervenções estaduais têm por consequência, a uma só vez, o privar um indivíduo das suas condições materiais de existência e o atentar à sua autonomia, na medida em que o mesmo indivíduo já conseguira, ou conseguiria alcançar tais condições pela sua livre escolha, e com recurso apenas ao seu engenho [...]”

⁷⁹ A este propósito e ainda sobre a necessidade de interrelacionar o direito do trabalho com o direito da concorrência veja-se: IOANNIS LIANOS ET ALS, *ob. cit.* pág. 8: “Traditionally, competition law focused on safeguarding competition on product markets, labour market being, with a few exceptions, beyond its remit. This is partly due to the fact that competition law is traditionally perceived as regulating transactions taking place inside the firm, outside of its scope. In contrast, labour law has traditionally focused on the regulation of the standard employment relationship embedded in the typical contract of subordinate employment, although in recent decades its focus has partly expanded to include some emerging forms of so-called atypical work relations. In the view of the present authors, this traditional allocation of tasks between employment law and competition law may not be fit for purpose in the era of the New Economy Business Model and the multiplication of alternative forms of labour.”

⁸⁰ “Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”, in Official Journal C 031, 05/02/2004 P. 0005 – 0018 (2004/C 31/03). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004XC0205%2802%29>. Consultado a 21 de julho de 2019.

Nestes termos, na análise da Comissão Europeia, para efeitos de fusão ou aquisição, as operações celebradas com um concorrente meramente potencial apresentam um mesmo grau de dano potencial, ao nível das distorções da concorrência no mercado (em particular na criação ou reforço de uma posição dominante) que aquelas que se concluem com um concorrente efetivo⁸¹. Assim, as autoridades da concorrência deverão ter em consideração, nomeadamente, se⁸²:

- i) O concorrente potencial é capaz de significativamente constranger o comportamento das empresas ativas no mercado. Será a hipótese, em que o operador possui ativos (*know how*, recursos monetários ou infraestruturas) que facilmente permitem a sua entrada no mercado, sem que para isso tenha de incorrer em custos excessivos; ou, ainda, sendo esses custos efetivamente relevantes, a hipótese em que o concorrente potencial específico está, ainda assim, disposto em incorrer em tais custos, num curto período de tempo.
- ii) O concorrente potencial tem já uma atividade ou se existe uma probabilidade significativa de entrada efetiva, evidenciando existência de projetos ou planos nesse sentido para entrar no mercado.
- iii) Não existe já um número suficiente de concorrentes potenciais, que consigam manter a necessária pressão depois da fusão ou aquisição.

Mutatis mutandis, as implicações das obrigações de não concorrência *post pactum finitum* podem ser as mesmas que as que resultam de aquisições e fusões envolvendo um concorrente, real ou potencial.

Vejamos o seguinte exemplo prático⁸³:

⁸¹ *Vd.* par. 58 das mencionadas Orientações: “Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”, in Official Journal C 031, 05/02/2004 P. 0005 – 0018 (2004/C 31/03).

⁸² A este propósito, veja-se os pars. 58 a 60 das “Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”, in Official Journal C 031, 05/02/2004 P. 0005 – 0018 (2004/C 31/03).

⁸³ Neste sentido, SURESH NAIDU ET AL., *Antitrust Remedies for Labor Market Power*, fevereiro de 2018, pág. 43: “*Aside from the immediate hardship for workers, the extensive use of non-competes may further concentrate labor markets. To see why, imagine that a single firm (or small group of firms) dominates a labor market in a geographic area. If the firm uses non-competes, then new firms will be deterred from entering the labor*

A empresa *B* dedica-se à atividade da robótica e detém 80% do mercado produto-trabalho relevante. A empresa *C*, *start-up*, inicia agora atividade neste ramo e procura trabalhadores qualificados, para o que enceta contactos com os trabalhadores ou (ex-)trabalhadores da empresa *B*, os quais estão impedidos de aceitar a proposta altamente atrativa da empresa *C* porque o contrato de trabalho celebrado com o seu empregador estabelece uma cláusula de não concorrência *post pactum finitum*.

Através deste tipo de mecanismos contratuais a empresa *B* conseguirá proteger-se contra o aparecimento de novos *players* no mercado, colocando fortes entraves à entrada de novas empresas no mercado, uma vez que estas se encontram impossibilitadas de contratar os trabalhadores daquela – representativos de uma percentagem significativa da força produtiva e especializada existente no mercado. E isto tudo, independentemente da oferta remuneratória que possam estar em condições de fazer.

Deste modo, a empresa *B* conseguirá, (i) por um lado, diminuir a concorrência no seu mercado de atuação, pois garante por via contratual que o trabalhador ou (ex-)trabalhador não seja afinal o “dinamizador” da empresa *C*, e, (ii) por outro lado, poderá, com isto, evitar que os seus trabalhadores abandonem a empresa – ou, pelo menos, garante que estes não oferecem o seu trabalho a um concorrente. Concomitantemente, estes casos são ainda problemáticos pela razão seguinte: o empregador não tem que dar aos seus trabalhadores as melhores condições que o mercado possa oferecer, pois com aquelas vinculações garantirá que eles não irão trabalhar para um concorrente, a menos que estejam dispostos a pagar a indemnização ao seu antigo empregador, operando, assim, uma concentração do mercado laboral⁸⁴ que restringe, impede e falseia aquele que poderia vir a ser um mercado mais concorrencial, inovador e, por conseguinte, mais benéfico para os consumidores⁸⁵.

market because they will have trouble hiring workers. Thus, the non-compete may be used to consolidate or extend labor market power. The traditional common law analysis of non-competes misses these effects because the court is not required to look at market power.”

⁸⁴ Como denota SANDEEP VAHEESAN, *Antitrust law: A Current Foe, but Potential Friend, of Workers*, disponível na seguinte ligação:

https://lwp.law.harvard.edu/files/lwp/files/webpage_materials_papers_vaheesan_june_13_2018.pdf, pág. 4: “Labor market concentration is an especially serious problem [...]. Recent empirical research has found that this concentration lowers wages and has contributed to the multi-decade stagnation in wage growth. [...] Concentration can also affect workers further up the supply chain, as powerful buyers squeeze suppliers who in turn seek to reduce costs by holding down wages.”

⁸⁵ SURESH NAIDU ET AL., *ob. cit.*, págs. 43 e 44: “For a product market analogy, consider an exclusive dealing arrangement. If a large seller with product market power sells only to distributors who agree not to sell the products of rival sellers, then the initial seller would be able to strengthen its position in the market against possible rivals. For this reason, an exclusive dealing arrangement can be, and are frequently challenged, under

Em bom rigor, as obrigações de não concorrência, no âmbito laboral, podem ter num contexto de globalidade este exato alcance – mundial. Pense-se no exemplo de um engenheiro informático, trabalhador de uma grande empresa de tecnologia e cujo contrato de trabalho o proíbe de uma vez cessado o vínculo contratual, trabalhar para um concorrente ou desenvolver, por si, uma atividade concorrente. Se o trabalhador, pretender exercer uma qualquer atividade, e não dispondo dos meios necessários para o pagamento de uma indemnização, ver-se-á forçado a alterar a sua área de atuação, inutilizando anos de experiência, aprendizagem e formação que poderia colocar – não fosse a indemnização a pagar ao (ex-)empregador como uma *espada sobre a sua cabeça*⁸⁶ – ao serviço da inovação, da melhoria na prestação de serviços ou da eficiência do mercado.

2. A compensação entregue ao (ex-)trabalhador e os acordos *pay for delay*

*“[...] Os paradoxos que os acordos potenciam, numa época em que a inexistência de trabalho assume foros de flagelo social, são vários: paga-se para que alguém não trabalhe e não se consegue pagar a quem trabalha ou a quem quer trabalhar; clama-se por inovação e competitividade e priva-se a sociedade dos benefícios potencialmente advenientes do saber e da laboração de quem se sujeita convencionalmente ao compromisso de não trabalhar [...]”*⁸⁷

De facto, numa economia de mercado torna-se deveras complexo explicar a figura que prevê o pagamento de uma quantia ao (ex-)trabalhador para que ele não exerça a sua atividade. A única resposta lógica à *ratio* desta compensação parece corresponder ao reconhecimento, por parte da anterior entidade empregadora, de que aquele trabalhador é, de facto, um potencial concorrente a quem, numa análise custo-benefício, compensa pagar uma quantia para que o mesmo não entre no mercado tornando-se ora um novo *player*⁸⁸, ora uma mais-valia para um concorrente já instalado.

the antitrust laws. For example, courts have found that exclusive dealing relationships between firms with market power and independent contractors violate the antitrust laws. The same analysis should apply to covenants not to compete as well.”

⁸⁶ SANDEEP VAHEESAN, *ob. cit.*, pág. 5: “While many employers do not enforce non-compete agreements against workers in court, the mere possibility of employers’ bringing suit can deter workers from seeking new employment or starting new businesses.”

⁸⁷ JOÃO ZENHA MARTINS, *ob. cit.*, pág. 21.

⁸⁸ Como denota JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, p. 243, a propósito da liberdade para agir e do seu potencial conflito com a garantia do mercado concorrencial: “Ora, num mercado aberto onde todos os agentes económicos têm juridicamente liberdade para agir na prossecução dos seus interesses, a concorrência surge como

A compensação devida pela celebração destes acordos encontra um paralelo no Direito da Concorrência, nos chamados acordos *pay for delay*, comumente associados à indústria farmacêutica.

Os acordos *pay for delay* são celebrados entre empresas de medicamentos de referência (“de marca”) e as empresas de genéricos, para que as últimas, findo o período em que vigora a patente, não produzam uma versão genérica do medicamento de referência; em contrapartida dessa vinculação, as primeiras pagam às segundas uma quantia.⁸⁹ Assim, quando o objetivo final destes acordos seja impedir ou atrasar a colocação no mercado de um determinado medicamento genérico e, deste modo, quando se verifique que restringem, falseiam ou impedem a concorrência e a inovação e, por consequência, prejudicam o consumidor, o Direito da Concorrência é chamado a atuar.

A Comissão Europeia teve já oportunidade de se pronunciar sobre estes acordos no processo AT.39226 – Lundbeck^{90, 91} Nessa decisão, a Comissão clarificou a ideia de que as partes são, em princípio, livres de concluírem os acordos que entenderem, à luz do princípio da liberdade contratual⁹². O que as partes já não poderão fazer é ludibriar o sistema, e sob o jugo

contraponto disciplinador da atividade de cada um deles, promovendo a convergência dos esforços de cada um para a melhoria do resultado do setor em toda a economia.”

⁸⁹ Recorde-se que as empresas fabricantes de medicamentos de referência têm um direito exclusivo de produção e comercialização durante o período em que vigora a patente. Essa exclusividade relaciona-se com a necessidade de premiar estas empresas pela investigação e desenvolvimento que efetuam e que tem custos muito elevados. Desta forma, através da exclusividade da exploração permite-se que estas tenham o retorno financeiro de toda a atividade I&D desenvolvida. Tal direito, atribuído pela patente registada, não é anticoncorrencial. Pelo contrário, o facto de as empresas de medicamentos de referência saberem que por um determinado período terão o exclusivo de produção e comercialização faz com que elas potencializem os produtos já criados, melhorando-os, e invistam na criação de produtos novos, aumentando a concorrência no mercado.

O problema surge quando as empresas de medicamentos de referência, numa fase em que o prazo do direito de exclusividade está a esgotar-se, acordam com as empresas de genéricos que estas não irão produzir a versão genérica do medicamento, pagando-lhes por isso uma compensação monetária. Tal distorce o mercado, prejudica a inovação e os consumidores que veem o seu mercado de produto reduzido de uma forma artificial.

No primeiro caso podemos fazer um paralelo com a figura dos Pactos de Permanência, em que o empregador é compensado pelo esforço adicional que fez na formação daquele trabalhador e, por isso, exige-lhe que este execute a sua atividade apenas e só para si, durante um certo período de tempo. Já no segundo caso, a essência da figura é semelhante à das obrigações de não concorrência *post pactum finitum*.

⁹⁰ Disponível no seguinte link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2015:080:FULL&from=BG>, págs. 13 e ss., consultado em 4 de agosto de 2019.

⁹¹ A Comissão aplicou à Lundbeck coimas no total de € 93.766.000,00 pelas quatro infrações em causa e coimas no total de € 52.239.000,00 às quatro empresas de genéricos (ou seus sucessores legais). A decisão da Comissão Europeia foi objeto de recurso para o TJUE (Processo T-460/13, Ac. do TJUE de 8 de setembro de 2016), que confirmou a decisão anterior. Houve ainda recurso para o TJUE (Processo C-586/16 P), que reconfirmou as decisões anteriores.

⁹² A este propósito, diz-se na decisão: “A resolução extrajudicial de litígios em matéria de patentes é, em princípio, uma maneira legítima geralmente aceite de dar por terminados os desacordos privados. Pode também poupar tempo e esforços aos tribunais ou órgãos administrativos competentes, como os institutos de patentes, pelo que pode ser de interesse público.”, parágrafo 5, pág. 14, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2015:080:FULL&from=BG>

da liberdade contratual, criar condições fictícias no mercado cujo fim último seja o de diminuir a concorrência.

Em consequência, a Comissão Europeia estabeleceu os pontos que permitem classificar estes acordos como anticoncorrenciais, entendendo como tal os casos em que se verifiquem as seguintes condições⁹³:

- i) Os acordos efetivam uma transferência financeira da empresa de medicamentos de referência para um seu concorrente potencial ou real;
- ii) Essa transferência de valor está intrinsecamente conexa com o assentimento do concorrente potencial ou real em não comercializar o produto em causa durante o período de vigência do acordo;
- iii) O valor transferido pela empresa de medicamentos de referência tem por referência o volume de negócios ou os lucros que o concorrente potencial ou real esperaria obter, se tivesse optado por entrar no mercado;
- iv) O acordo apenas pretende adiar a entrada do concorrente potencial no mercado do produto;
- v) O acordo acarretou para a empresa de medicamentos de referência resultados que não poderiam ser alcançados se a decisão fosse tida num contexto de resolução judicial do litígio⁹⁴.

⁹³ “O que é importante, do ponto de vista do direito da concorrência da União, é que os acordos se caracterizaram pelo facto de conterem uma transferência de valor da Lundbeck para um concorrente potencial ou real, relacionado com o assentimento deste último em não comercializar o citalopram genérico na zona geográfica em causa durante o período de vigência do acordo. O valor transferido pela Lundbeck teve em consideração o volume de negócios ou os lucros que a empresa de genéricos esperava obter se tivesse conseguido entrar no mercado. Os acordos em questão não resolveram qualquer litígio em matéria de patentes; pelo contrário, apenas adiaram as questões levantadas pela entrada potencial no mercado dos genéricos. Ficou igualmente estabelecido que os acordos não continham qualquer compromisso da Lundbeck no sentido de se abster de processos por infração caso a empresa de genéricos entrasse no mercado com o citalopram genérico após o final do período de vigência do acordo. Por último, os acordos em causa obtiveram resultados para a Lundbeck que esta não poderia ter alcançado se tivesse recorrido aos tribunais nacionais para defender as suas patentes de processo: os acordos em questão impediram a empresa de genéricos em causa de vender o citalopram genérico, independentemente de este ser ou não produzido em infração às patentes de processo da Lundbeck.” - Parágrafo 6 da decisão proferida no processo AT.39226. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2015:080:FULL&from=BG>, pág. 14.

⁹⁴ Veja-se no já citado caso Lundbeck, parágrafo 386, onde se lê “Por conseguinte, aceitar a tese das recorrentes relativa à assimetria dos riscos equivaleria, em definitivo, a considerar que estas podiam, ao celebrarem acordos como os acordos controvertidos com as empresas de genéricos, proteger-se contra uma

A Comissão Europeia considera que estes acordos restringem, pela sua natureza, a concorrência⁹⁵, o que significa que são restrições *per se*, não havendo necessidade de provar os seus efeitos. O acordo em si tem como propósito o de restringir, falsear ou impedir o normal funcionamento do mercado. E tal basta para que seja considerado nulo.⁹⁶

Afigura-se-nos que as cláusulas ou pactos de obrigação de não concorrência em nada diferem da situação que *supra* analisamos. Vejamos:

- i) a compensação entregue ao (ex-) trabalhador, para que este não compita com o seu anterior empregador ou não trabalhe para um concorrente seu, durante um

redução irreversível dos preços que, segundo as suas próprias afirmações, não poderia ter sido evitada mesmo que tivessem obtido ganho de causa nas ações por contrafação nos órgãos jurisdicionais nacionais. Assim, ao celebrarem tais acordos, poderiam manter preços superiores para os seus produtos, em detrimento dos consumidores e dos orçamentos dos cuidados de saúde nos Estados-Membros, ainda que tal resultado não pudesse ter sido obtido se os órgãos jurisdicionais nacionais tivessem confirmado a validade das suas patentes e os produtos das empresas de genéricos tivessem sido considerados contrafeitos. Tal resultado seria manifestamente contrário aos objetivos das disposições do Tratado sobre a concorrência, que visam, nomeadamente, proteger os consumidores dos aumentos de preços injustificados resultantes de uma colusão entre concorrentes (v., neste sentido, acórdãos de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, Colet., EU:C:2015:184, n.º 115 e jurisprudência aí referida, e de 9 de julho de 2015, InnoLux/Comissão, C-231/14 P, Colet., EU:C:2015:451, n.º 61). Não existe qualquer razão para admitir que tal colusão é lícita no caso em apreço, sob o pretexto de estarem em causa patentes de processo, mesmo que a defesa dessas patentes nos órgãos jurisdicionais nacionais, mesmo no cenário mais favorável para as recorrentes, não pudesse ter conduzido aos mesmos resultados negativos para a concorrência e, em particular, para os consumidores.” Este ponto surge também a propósito de (“falsos”) litígios, onde empresas que produziam fármacos, sob o pretexto da composição extrajudicial do litígio chegavam a um acordo em que fixavam o pagamento de um valor pela empresa de medicamentos de referência à empresa de genéricos para não produzirem. Na realidade, pouco sentido faria que numa ação intentada pela empresa de medicamentos de referência por as empresas de genéricos estarem a tentar produzir um medicamento protegido por uma patente acabe por ser a Autora da ação a pagar uma indemnização, conforme os termos acordados na transação.

⁹⁵ A fim de determinar se cada acordo objeto da decisão era suscetível, pela sua própria natureza, de restringir a concorrência, a Comissão analisou os factos específicos do processo relativo a cada acordo para apurar se: (i) a empresa de medicamentos genéricos e a empresa de origem eram pelo menos potenciais concorrentes entre si; (ii) a empresa de genéricos se comprometeu, no acordo, a limitar, durante o período de vigência do mesmo, os seus esforços independentes para entrar num ou em mais mercados do EEE com o produto genérico; (iii) o acordo estava relacionado com uma transferência de valor da empresa de origem que reduziu substancialmente os incentivos da empresa de genéricos para, de forma independente, prosseguir os seus esforços para entrar num ou em mais mercados do EEE com o produto genérico. Parágrafo 13, pág. 14, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2015:080:FULL&from=BG>

⁹⁶ No caso em apreço, as partes não conseguiram demonstrar os efeitos positivos previstos na cláusula de exceção prevista no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE:

“As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas;
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

período (até dois ou três anos), equivale à transferência de valor que é feita para as empresas de genéricos, em troca do atraso da sua entrada no mercado;

- ii) Tal compensação está intimamente associada à abstenção do trabalhador de exercício de uma atividade concorrente.
- iii) Em princípio o montante acordado equivale à remuneração do trabalhador, pois impõe que este seja compensado na justa medida⁹⁷ em que se vincula a uma obrigação de *non facere*.
- iv) O acordo apenas pretende adiar a entrada daquele trabalhador no mercado, por forma a que ele não aplique os seus conhecimentos e *know-how*, em seu benefício ou em benefício de terceiros⁹⁸.
- v) De outra forma, o empregador não conseguiria impedir o trabalhador de continuar a exercer a mesma atividade, por conta de outrem ou por conta própria,

⁹⁷ Como refere JOÃO ZENHA MARTINS, *ob. cit.*, págs. 703 a 707, fazendo um estudo comparado sobre a estipulação mínima legal do valor da compensação, “*É certo que a regulação portuguesa, ao contrário de outras (v.g. Bélgica, Itália ou Suíça), é extremamente permissiva quanto ao teor do pacto, não adoptando um método de cálculo da compensação baseado no valor médio da retribuição durante um determinado período de referência, tão pouco fornecendo indicações minimamente seguras sobre o procedimento a adoptar na quantificação do respectivo objecto. [...]*

O direito de invocação conferido ao trabalhador aplica-se, pois, apenas nas hipóteses e que o montante se cifra abaixo do que é imposto por lei e já não no caso em que aquele não se encontra previsto, ao revés do direito belga, que reserva ao trabalhador a invocação da nulidade do pacto em caso de não fixação do valor no pacto ou de um critério para a sua determinação.

Não sendo possível defender de iure conditio tal solução no direito português, a alternativa será de considerar a ampliação do montante compensatório.

E se parece segura, conquanto se verifiquem os seus pressupostos, a inexistência de motivos que obstaculizem à aplicação do artigo 270.º, a verdade é que a tarefa correctiva que o julgador pode desempenhar não se exaure nessa função.

Sob pena de um montante compensatório insuficiente se determinar, por manifesta desproporção, a invalidade do pacto [...].

Não existindo a cominação de que, sob pena de nulidade, o pacto tem de conter os limites de tempo, actividade e território, esta valoração, eminentemente casuística, terá de atender à amplitude da restrição imposta ao trabalhador, considerando as dimensões materiais (extensão das funções vedadas), espaciais (extensão geográfica da obrigação) e temporais (duração da obrigação), cujo alargamento aplicativo deverá ser compatível com um juízo de proporcionalidade per relationem com a compensação prevista no pacto, no pressuposto inafastável de que esta não pode deixar “de ser justa, isto é, suficiente para compensar o trabalhador da perda de rendimentos.”

⁹⁸ Neste sentido, *vd.* Ac. do TRP, de 8 de junho de 2017, (proc. n.º 3526/15.8T8OAZ.P2): “*No interesse da entidade empregadora, nomeadamente para evitar que o exercício de actividade concorrencial pelo trabalhador lhe cause prejuízos, em determinados casos e dentro de determinados limites temporais, a lei admite que as partes convençionem uma limitação ao exercício do direito ao trabalho após a cessação do contrato, mas condicionando a validade dessa cláusula à verificação cumulativa dos requisitos indicados nas alíneas do n.º2, do art.º 146.º CT/03 (actualmente art.º 136.º CT) entre elas, a atribuição de uma compensação durante o período de limitação do direito.*”

visto que – uma vez extinta a relação laboral – o trabalhador teria total liberdade, dentro dos limites gerais de Direito, para celebrar um novo contrato de trabalho.

É à luz deste enquadramento que cumpre averiguar em que medida estas obrigações de não concorrência, que pretendem salvaguardar, *prima facie*, o empregador e o *know-how* por este adquirido, não serão, na verdade, uma forma de distorcer a concorrência, impedindo, falseando e restringindo-a devendo, por esta via, nos termos do artigo 9.º, n.º 2 do RJC ou 101.º, n.º 2 do TFUE, ser declaradas nulas.

3. A obrigação de não concorrência *post pactum finitum* e o escopo do artigo 9.º do RJC e 101.º do TFUE

Dita o artigo 9.º, n.º 1 do RJC que:

“1 - São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”⁹⁹*

⁹⁹ O artigo 101.º do TFUE, no seu n.º 1 tem uma previsão, *mutatis mutandis*, equivalente à do artigo 9º, n.º 1 do RJC: “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;*

Como consequência, sanciona o n.º 2 deste mesmo artigo que “*Exceto nos casos em que se considerem justificados, nos termos do artigo seguinte, são nulos os acordos entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo número anterior.*”¹⁰⁰

Ao contrário dos acordos entre empresas para não contratação entre si ou relativos à fixação de salário, as obrigações de não concorrência¹⁰¹ não fixam os preços¹⁰² do mercado laboral. No entanto, o certo é que acabam por fixar, artificialmente, “*outras condições de transação*”, pois que obstam a que o trabalhador continue a exercer a sua atividade em favor de um terceiro concorrente, assim impedindo a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional, consoante a amplitude geográfica estabelecida no contrato.

Por outro lado, elas limitam a produção e o desenvolvimento técnico, o que releva sobremaneira em áreas onde a mão-de-obra é escassa e impera a necessidade de qualificação do trabalhador para o exercício da atividade.

A isto acresce que destas vinculações resulta uma repartição do mercado do produto-trabalho, e das fontes de abastecimento das empresas, porquanto com a fixação desta obrigação o trabalhador ou exerce a sua atividade sob a direção (jurídica e técnica) e fiscalização daquele empregador, ou terá de escolher uma outra atividade distante do seu ramo de especialidade, sob pena de ter de indemnizar o anterior empregador. Ao mesmo tempo, e se o trabalhador está impedido de concorrer às diferentes ofertas do mercado na sua área, as fontes de abastecimento¹⁰³ resultarão substancialmente reduzidas, não por uma qualquer natural e inarredável condicionante, mas, antes, por via, de um artifício do mercado e não por força de uma qualquer restrição natural ao seu funcionamento.

b) *Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*

c) *Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*

d) *Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*

e) *Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”*

¹⁰⁰ Nos mesmos termos, o artigo 101.º, n.º 2 do TFUE estipula a mesma consequência que o n.º 2 do artigo 9.º do RJC: “*São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.*”

¹⁰¹ Na medida em que produzem os seus efeitos após o fim da relação laboral e, nesta medida, o (ex-) trabalhador é um concorrente potencial, pode ser considerado um acordo entre empresas e, por isso, apto a consubstanciar uma prática anticoncorrencial, abrangido pelo RJC e pelo TFUE.

¹⁰² Bem entendido, para este efeito, “preços” tem o significado de o valor que o empregador tem de pagar para manter aquele trabalhador.

¹⁰³ Leia-se: o mercado onde pode recrutar, por forma a responder às diferentes vagas que pretende ocupar.

Apesar de tudo isto, estes acordos podem considerar-se justificados se, nos termos do artigo 10.º do RJC¹⁰⁴, as empresas demonstrarem que o acordo contribuiu para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

- i) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;
- ii) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos;
- iii) Não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.¹⁰⁵

A Comunicação da Comissão estabelece Orientações para aferir da aplicabilidade do n.º 3, do artigo 101.º do TFUE¹⁰⁶ é, face à sua similitude com o conteúdo do artigo 10.º do RJC, facilmente, adaptável ao direito nacional. Antes de mais, e recorrendo à figura da analogia, o efeito prático do estabelecimento da obrigação de não concorrência – nos casos em que o trabalhador pretenda exercer uma atividade por conta própria – poderá assemelhar-se a um acordo de produção¹⁰⁷. Como descrito na mencionada Comunicação, por regra, “os acordos

¹⁰⁴ Na legislação europeia, o artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, prevê igual cláusula de justificação:

“3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

— a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
— a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

¹⁰⁵ Nos termos do n.º 3, do artigo 10.º do RJC “São considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo artigo anterior que, embora não afetando o comércio entre os Estados membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adotado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.”

¹⁰⁶ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Comunicação da Comissão 2004/C 101/08. Disponível na seguinte ligação: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=PT). Consultado em 29 de setembro de 2019.

¹⁰⁷ Nas Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal, Comunicação da Comissão 2011/C 11/01 parágrafo 152, a Comissão Europeia estabelece que os acordos de produção incluem os acordos horizontais de subcontratação e dentro destes podemos incluir os acordos de especialização unilateral ou recíproca. “Os acordos de especialização unilateral são acordos entre duas partes que desenvolvem atividades no(s) mesmo(s) mercado(s) do produto, por força dos quais uma das partes concorda em cessar, no todo ou em parte, ou em reduzir o fabrico de determinados produtos e comprá-los à outra parte que

que incluem a fixação de preços, a limitação da produção ou a repartição dos mercados restringem a concorrência por objeto”. No entanto, o artigo 101.º, n.º 3 do TFUE pode, ainda assim, ser aplicado.

Todavia e considerando a concreta realidade de que tratamos, não cremos que tal seja o caso. Vejamos:

- i) Em primeiro lugar, estas cláusulas (de não concorrência *post pactum finitum*) são estabelecidas com o propósito de proteger o *know-how* transmitido ao trabalhador e a investigação desenvolvida mediante o investimento do empregador. Visto que existem outras formas – menos lesivas da liberdade do trabalhador e da concorrência – de concretizar o mesmo objetivo, fica, desde logo em causa um dos elementos do tipo, pois que este acordo não será “*estritamente indispensável*” para a promoção dos objetivos da concorrência;
- ii) Em segundo lugar, os ganhos de eficiência têm de resultar repercutidos nos consumidores. Relativamente a este aspeto, o Regulamento estatui que “*os ganhos de eficiência que apenas beneficiam as partes ou as economias de custos que resultam de uma redução da produção ou da repartição dos mercados não constituem uma base suficiente para satisfazer as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3.*”
- iii) Em terceiro lugar, a Comunicação da Comissão é taxativa ao definir que “*as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, não podem estar preenchidas se for dada às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*” Como tivemos já oportunidade de adiantar, parece-nos que, em particular, nos mercados (do produto-trabalho) em que a procura supera a oferta, estas cláusulas são aptas a eliminar a concorrência numa parte substancial do mesmo.

concorda em fabricar e fornecer esses produtos, Os acordos de especialização recíproca são acordos entre duas ou mais partes que desenvolvem atividade no(s) mesmo(s) mercado(s) do produto, por força dos quais duas ou mais partes concordam numa base de reciprocidade em cessar, no todo ou em parte, ou em reduzir o fabrico de determinados produtos e em comprá-los às outras partes que concordam em fabricar e fornecer esses produtos.”
Disponível na seguinte ligação: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=PT). Consultado em 29 de setembro de 2019.

4. A obrigação de não concorrência *post pactum finitum* e o abuso de dependência económica

Prevista no artigo 12.º do RJC¹⁰⁸, e sem qualquer figura semelhante na legislação provinda da União Europeia¹⁰⁹, o abuso de dependência económica¹¹⁰ é uma prática que consiste na utilização ilícita por parte de uma empresa do poder ou ascendente de que dispõe em relação a outra empresa, que se encontra em relação a ela num estado de dependência por não dispor de alternativa equivalente para fornecimento dos bens ou prestação dos serviços em causa¹¹¹.

Como notas essenciais desta figura destacam-se as seguintes:

- i) o abuso de dependência económica (*tendencialmente*) verifica-se numa relação vertical entre duas empresas.

¹⁰⁸ “1 - É proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

2 - Podem ser considerados como abuso, entre outros, os seguintes casos:

a) A adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior;

b) A rutura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas.

3 - Para efeitos do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando:

a) O fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e

b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.”

¹⁰⁹ Mas existente em ordenamentos jurídicos como o alemão, o francês, o austríaco e o italiano. Como denota JOSÉ MARIANO PEGO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2001, pág. 86, esta figura surge da necessidade de responder a uma “realidade da dominação exercida por um contratante sobre outro numa relação bilateral, considerando útil a introdução de meios que permitissem controlar comportamentos discriminatórios dos oferentes ou adquirentes que, não detendo posição dominante, tinham tal importância no mercado que se tornavam “partenaires obligés” dos seus clientes e fornecedores”.

¹¹⁰ Também referido como “Abuso de posição dominante relativa”.

¹¹¹ Sobre a definição de dependência económica, veja-se ADALBERTO COSTA, *O Novo Regime Jurídico da Concorrência: Anotado e Comentado*, Vida Económica – Editoria, SA, Porto, janeiro de 2014, pág. 41: “A dependência económica não resulta apenas da dependência do dinheiro, é também depender das situações que se criam face ao produto, bem ou serviço e ou depender das linhas do mercado enquanto vetor de relacionamento económico de sujeitos e agentes económicos. Este relacionamento de dependência tem que ser visto sob o ponto de vista das posições ativas e passivas, isto é, do lado ativo e passivo da dependência.”

- ii) a empresa “vítima” tem que se encontrar num estado de dependência económica¹¹² face à empresa “dominante”, atendendo à inexistência de alternativas equivalentes¹¹³.
- iii) a empresa dominante tem de ter adotado comportamentos em relação à empresa “vítima” que, no âmbito daquela relação de dependência¹¹⁴, sejam considerados abusivos.¹¹⁵
- iv) a exploração abusiva¹¹⁶ da situação de dependência económica tem de ser suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência.

Num mercado de produto tradicional¹¹⁷, a empresa que o produz estabelece uma relação vertical¹¹⁸ com a empresa que o distribui, na medida em que as empresas não são diretamente concorrentes, já que a sua atuação no mercado não se situa no mesmo nível. Por sua vez, a

¹¹² Regra geral, afere-se da dependência económica da empresa “vítima” face à empresa dominante, através dos seguintes critérios: notoriedade da marca; quota de mercado do fornecedor; “peso dos produtos do fornecedor nas vendas do distribuidor” e a “ausência de solução equivalente”. A este propósito, veja-se VICTOR CALVETE, “Abuso de posição dominante II: O abuso de dependência económica”, in Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, 2012, pág. 285. E ainda, JOSÉ MARIANO PEGO, *ob. cit.* págs. 122 e ss.

No contexto da relação laboral, parece-nos razoável aplicar a presunção estabelecida no artigo 3.º, n.º 2 do Regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, nos termos da qual “*presume-se que o trabalhador está na dependência económica da pessoa em proveito da qual presta serviços.*”

¹¹³ Nos termos gerais, considera-se que a empresa “vítima” não dispõe de alternativa equivalente quando o fornecimento do bem ou serviço em causa for assegurado por um número restrito de empresas e a empresa “vítima” não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.

¹¹⁴ No caso da relação laboral, a ameaça de que se não concordar com a cláusula de não concorrência *post pactum finitum* não haverá celebração de contrato de trabalho é suficientemente dissuasora para que o trabalhador não a discuta. Neste sentido, *vd.* JÚLIO GOMES, *ob. cit.* Por sua vez, e *a contrario*, a ameaça de que o empregador não assinará o acordo de cessação do contrato de trabalho se o trabalhador não aceitar a obrigação de não concorrência também poderá ter igual impacto.

¹¹⁵ Os exemplos comumente dados a este propósito são a recusa de fornecimento e o corte abrupto de relações comerciais, tendo em conta, entre outros aspetos, as relações comerciais anteriores ou os usos do ramo de atividade económica.

¹¹⁶ “*Por exploração abusiva deve entender-se como sendo a posição de uma empresa (ou várias) que no mercado atua de forma a não permitir que as demais empresas, sejam as fornecedoras ou as clientes, possam dispor de uma alternativa que seja equivalente à ação da empresa ou empresas que exploram abusivamente um produto, bem ou serviço, servindo-se do estado de dependência económica das demais*”. ADALBERTO COSTA, *ob. cit.*, pág. 42

¹¹⁷ Com “mercado de produto tradicional” pretendemos significar o produto que é produzido e, num momento posterior, comercializado, ou seja, um produto que até chegar ao consumidor passa por uma cadeia de distribuição.

¹¹⁸ A este propósito, *vd.* Orientações relativas às restrições verticais (2010/ C 130/1), disponível na seguinte ligação, consultado em 15 de agosto de 2019:

http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Orientacoes_restricoes_verticais_2010.pdf

empresa distribuidora também se encontra numa relação vertical com a empresa retalhista, sendo apenas distinto o nível ascendente ou descendente da relação, consoante aquela que se tome por referência.

Poderíamos ser, na verdade, levados a crer que a figura do abuso de dependência económica seria aplicável às obrigações de não concorrência, considerando, não só a subordinação jurídica, fática e económica ao empregador, como também a limitação na procura de uma solução equivalente.

Contudo, resulta de uma análise mais aprofundada, que apesar de a relação empregador-trabalhador ser vertical, é-o apenas enquanto o trabalhador desenvolver uma atividade por conta de outrem - caso em que o trabalhador não é uma empresa, pois como vimos não desenvolve uma atividade económica que acarrete um risco de empresa. Assim, na situação em específico, fica desde logo prejudicado um dos requisitos que compreende o tipo: a relação vertical *entre empresas*.

A integração nesta figura poder-se-ia, ainda assim, dar numa segunda hipótese, em que o trabalhador se desvinculou da relação laboral e tem intenções de se estabelecer por conta própria, pois que nesse caso já seria considerado empresa e qualificado como um concorrente, pelo menos, potencial. No entanto, a partir do momento em que o trabalhador deixa de exercer a sua atividade sob a direção, fiscalização e disciplina do empregador e passa a pretender desempenhar uma atividade concorrente, por conta própria, estaremos no mesmo nível de mercado, pelo que a relação vertical acaba por ser substituída por uma outra, horizontal. Assim, também *in casu* ficaria por cumprir um dos requisitos do abuso de dependência económica, facto que nos leva a afastar, *ab initio*, esta figura como modelo eventualmente aplicável à análise das obrigações de não concorrência.

Urge, no entanto, chamar a atenção para o facto de o Direito Alemão prever a figura do abuso de dependência económica entre concorrentes diretos, ou seja, a figura do abuso de posição dominante relativa horizontal. Na génese desta conceção jurídica estiveram, nas palavras de JOSÉ MARIANO PEGO, “*as guerras de preços que visam eliminar concorrentes mais débeis, bem como a utilização do poder da procura em relação a fornecedores (para que estes deixem de abastecer as pequenas e médias empresas que concorrem com o adquirente)*. No primeiro caso, regista-se um confronto directo com os concorrentes; no segundo, recorre-se a

um agente situado a montante para prosseguir o mesmo objetivo, isto é, eliminar um concorrente”¹¹⁹.

Em face do exposto, somos do parecer que, de *iure constituto*, a solução vigente não permite a integração da obrigação de não concorrência *post pactum finitum* no regime do abuso de dependência económica. Ainda assim, e de *iure constituendo*, parece-nos desejável uma solução semelhante à adotada no Direito Germânico, segundo a qual nas relações horizontais também se poderia verificar uma situação de abuso de posição dominante relativa.

5. A obrigação de não concorrência *post pactum finitum* como prática anticoncorrencial

Como conclusão do que vem sendo dito ao longo deste capítulo, parece-nos que as obrigações de não concorrência, quer sejam estabelecidas aquando da celebração do contrato de trabalho, quer aquando da cessação deste poderão constituir práticas anticoncorrenciais.

A aplicação destas restrições aos trabalhadores surte um impacto extremamente significativo no mercado do produto-trabalho, pois que não só as empresas não conseguem concorrer pelos melhores trabalhadores, como não dão resposta à procura de mão-de-obra qualificada – o que, por outro lado, tem impacto no mercado do produto tradicional, prejudicando a inovação e a eficiência da economia. Recordemos que a menor especialização dos trabalhadores prejudica a capacidade de oferta de novos produtos, e só estes novos produtos são capazes de acompanhar as necessidades dos consumidores.

A obrigação de não concorrência inclui-se, em nosso ver, no leque dos acordos restritivos da concorrência e, nestes termos, resulta proibida pelo artigo 9.º do RJC. Se, por um lado, o trabalhador não pode ser considerado “empresa” no momento em que a obrigação é estabelecida; por outro, no momento em que esta produz o seu efeito, o trabalhador não se encontra sob qualquer vínculo de subordinação ao empregador, e portanto, encontra-se apto a exercer uma qualquer atividade económica, sujeito ao risco de empresa e sendo, por isso, suscetível de se subsumir ao conceito de empresa e concorrente potencial para efeitos do Direito da Concorrência.

¹¹⁹ JOSÉ MARIANO PEGO, *ob. cit.*, pág. 165.

Acresce que, como aferimos, estas restrições revestem natureza horizontal, porque aplicáveis a operadores que atuam no mesmo nível de mercado. Assim, não poderá aqui atuar o disposto na alínea *a*), do n.º 1, do artigo 5.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, pois que este cinge a inaplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE à “*obrigação de não concorrência directa ou indirecta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos*” incluída num acordo vertical.

Em todo o caso, a aplicação de uma eventual sanção apenas deverá recair sobre o empregador. Apesar de o TJUE, e, na sua esteira, as demais instituições nacionais dos países europeus, considerarem que a falta de poder de negociação não é fator de exclusão da ilicitude, somos do parecer que, no presente caso, cumpre olhar à especificidade da situação, visto que o trabalhador, na maioria dos casos, se encontra numa posição de sujeição, não só fática, como também jurídica, *maxime* na sua vertente disciplinar. Desta feita, a sua vulnerabilidade perante o empregador assume um alcance que não deve ser menosprezado pelos aplicadores do Direito. Pelo menos de *iure constituendo*, não cremos, por isso, que o trabalhador deva ou possa, sequer, ser sancionado.

Acresce que a restrição à concorrência de que tratamos deverá ser qualificada como uma restrição à concorrência *per se*, ou seja, uma restrição por objeto¹²⁰, na medida em que, do ponto de vista prático, conduz aos mesmos resultados que a limitação da produção, distribuição e do desenvolvimento técnico. Da mesma forma, constitui uma repartição, pelo menos indireta, do mercado, afetando, assim, diretamente as suas fontes de abastecimento.

¹²⁰ A qualificação como restrição pelo efeito acarretaria várias desvantagens: enquanto o processo decorresse o trabalhador estaria limitado na sua atividade profissional, bastando que o processo durasse, pelo menos, dois ou três anos para que o interesse prático do trabalhador deixasse de existir, visto que nessa altura já teria terminado o prazo da obrigação de não concorrência. Acresce que, a apreciação caso-a-caso das obrigações de não concorrência, traria maior insegurança jurídica, por implicar uma maior subjetividade e incerteza na sua aplicação, assim o trabalhador ao iniciar o processo não estaria seguro do modo em que ele terminaria, pelo que estando em causa uma relação laboral, tal circunstância é altamente dissuasora.

Capítulo IV – Formas de proteção do (antigo) empregador

Acordos de confidencialidade

Hodiernamente é comum, quer nos contratos de trabalho, quer aquando da sua cessação, a celebração de acordos de confidencialidade, nos termos dos quais o trabalhador se obriga a não divulgar, utilizar, ceder, ou por qualquer meio transmitir informação confidencial do empregador ou adquirida no decorrer e por causa da relação laboral estabelecida¹²¹.

A estipulação destas cláusulas – quando devidamente explicitadas – acarreta para o empregador os mesmos benefícios que o efeito das obrigações de não concorrência (exceto, claro está, quanto à obrigação negativa de o trabalhador não concorrer consigo). O trabalhador fica impedido de divulgar os conhecimentos adquiridos por causa, e no exercício, da sua anterior atividade laboral, bem assim de divulgar informações, tenham sido consideradas confidenciais nos termos acordados com o anterior empregador. Ou seja, esta apresenta-se como uma via menos restritiva dos direitos do trabalhador e mais próxima dos objetivos concorrenciais, na medida em que permanecerá o incentivo do empregador no desenvolvimento e avanço contínuos. Assim, por uma via mais próxima dos objetivos concorrenciais, consegue-se um resultado equivalente.

Cumpre, porém, esclarecer que, em bom rigor, quanto a um certo tipo de informações o empregador sempre se encontrará protegido, na medida em que o Direito da Concorrência pune a troca de informação sensível. Assim, e conforme entendimento da Autoridade da Concorrência são informações suscetíveis de ser abrangidas pela análise jusconcorrencial, aquelas *“informações desagregadas ou individualizadas, comercialmente sensíveis ou informações estratégicas, em particular, qualquer informação que possa reduzir a incerteza quanto ao comportamento futuro de um ou mais concorrentes, por exemplo a nível de preços [...] Se a informação é fundamental para a estratégia das empresas, e é normalmente reservada, ou se determina uma vantagem competitiva sobre as empresas concorrentes, a*

¹²¹ A este propósito, vd. MAUREEN B. CALLAHAN, “Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment” in The University of Chicago Law Review, pág. 703: “When hiring an employee who will have access to confidential business information, employers often include in the employment contract a provision restricting the employee’s rights to use or disclose confidential information upon termination of employment (“post-employment restraint agreements”). Although an employee is in any case under an implied legal obligation not to disclose valuable business secrets, express agreements are used to put the employee on notice both as to the existence of the obligation and as to what information the employer considers confidential.”

mesma não deve ser disponibilizada [...]”¹²², pelo que não podem as empresas concorrentes partilhar informações de natureza estratégica e comercialmente sensível.

O intercâmbio destes dados poderá ser concretizado, quer através da partilha entre os concorrentes, quer através de métodos indiretos entre os quais o recurso a uma agência comum, a fornecedores comuns¹²³; ou até a um trabalhador. Assim, e no que respeita a informações que permitam diminuir a incerteza no mercado, nomeadamente por contenderem com medidas futuras do concorrente, que possam conduzir a uma coordenação das empresas envolvidas, o empregador encontrar-se-á protegido, caso o (ex-)trabalhador¹²⁴ revele esses dados, à sua revelia, ao novo empregador¹²⁵.

Pacto de permanência

Prevê o artigo 137.º, n.º 1 do CT o seguinte: *“As partes podem convencionar que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional”*.

É um dever do empregador proporcionar formação profissional adequada ao seu trabalhador, conforme decorre da alínea *d*), do n.º 1 do artigo 127.º do CT. No entanto, é

¹²² AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, in “Guia para associações de empresas”, pág. 19, disponível na seguinte ligação http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/Guia_digital.pdf.

¹²³ Este método de troca de informação é, nos casos em que não chega a existir qualquer contacto entre as empresas concorrentes, chamado de cartel *Hub and Spoke*, na medida em que as empresas no mesmo nível de atuação do mercado recorrem a um terceiro operador, que se encontra num nível ascendente ou descendente em relação a elas para transmitir a informação pretendida. A este propósito, *vd.* JOSEPH E. HARRINGTON, JR. ET ALS., “How do Hub-and-Spoke Cartels operate? Lessons from nine case studies” in SSRN, agosto de 2018. Disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3238244>. Consultado a 29 de setembro de 2019.

¹²⁴ Importa esclarecer que a troca de informação sensível pressupõe duas empresas autónomas. Porém, e no caso de o trabalhador revelar ao novo empregador as informações da sua anterior entidade patronal, entendemos que para este propósito o trabalhador deve subsumir-se ao conceito de empresa, porquanto a revelação de informação estratégica não faz parte do objeto da relação laboral, pelo que o trabalhador age por sua conta e fá-lo convencido de que obterá um ganho em relação ao novo empregador. Do mesmo modo, se as duas entidades patronais, combinadas com o trabalhador, o utilizarem como meio de troca de informação sensível, recorrendo a este – à semelhança dos acordos *hub and spoke* – para transmitir as informações estratégicas e comerciais, por forma a que estas concatenem a sua atuação no mercado, ambas deverão ser punidas, à luz desta proibição.

¹²⁵ *A contrario*, não podem os empregadores combinar usar os trabalhadores como “veículos” para a transmissão de informação sensível, aproveitando a cessação do contrato de trabalho para estes, no exercício das suas funções, revelarem dados futuros, determinantes da atuação do anterior empregador e assim concatenarem esforços e estratégias, eliminando a concorrência.

também importante proteger o empregador, nos casos em que este investe mais do que o que lhe seria legalmente exigível¹²⁶.

Para esse efeito, a lei prevê o instituto dos pactos de permanência. Estes, em nosso entender, não levantam questões anticoncorrenciais, visto que o trabalhador continua a exercer a sua atividade, colocando o seu saber ao serviço da inovação, melhoria de produtos e eficiência dos processos, encontrando-se empenhado no incremento qualitativo e quantitativo da produção, na investigação e no desenvolvimento, promovendo, assim, um ambiente de especialização dos trabalhadores e de concorrência.

Por outro lado, acresce aqui um argumento formal, que serve também para afastar os pactos de permanência do âmbito de aplicação do Direito da Concorrência. É que, nestes casos, o trabalhador, no momento em que o acordo produz os seus efeitos, ainda o é por conta de outrem, e não pode, portanto, este ser considerado um acordo entre empresas.¹²⁷

Ao contrário da obrigação de não concorrência *post pactum finitum* que apenas produz os seus efeitos a partir do momento em que o contrato de trabalho se extingue o pacto de permanência pretende “fidelizar” o trabalhador, colocando-o sob a direção, disciplina e fiscalização do empregador durante um período de tempo que o empregador tem como necessário e suficiente para recuperar e retirar proveito do investimento realizado no trabalhador.

¹²⁶ No mesmo sentido, MARIA DE LANCASTRE VALENTE, “O pacto de permanência como mecanismo de retenção de talentos” in RH Magazine, maio-junho de 2010, pág. 48: “Não nos referimos ao regime previsto no Código do Trabalho (CT) que prevê a obrigatoriedade de o empregador assegurar formação profissional aos seus recursos humanos. Referimo-nos antes a situações em que o empregador, porque interessado em reter talento e “fidelizar” os seus trabalhadores, aceita ou, muitas vezes até, propõe custear despesas significativas relacionadas com o desenvolvimento académico-profissional daqueles (que tem um determinado valor económico) e que pressupõem uma ampliação e acréscimo de competências, esperando em troca realizar uma mais-valia qualitativa e quantitativa na prossecução da sua actividade.”

¹²⁷ Sobre este específico tema: Capítulo III, ponto 1.

Conclusão

Ao longo deste estudo, fomos nos deparando com diversas questões, todas elas reunidas em torno de dois pontos comuns: o trabalhador e o seu direito a exercer uma atividade econômica.

Começamos por analisar a admissibilidade das obrigações de não concorrência, à luz do regime legal vigente e, desde esse primeiro momento, sustentamos estar a admissibilidade destas obrigações *post pactum finitum* limitada pelo cumprimento de determinados requisitos. Ainda assim, e mesmo face à sua aplicação restritiva, nos termos legais, a admissibilidade destas cláusulas poderá suscitar dúvidas, desta feita sob o prisma do Direito da Concorrência.

Procuramos, ainda, explorar a crescente influência do Direito da Concorrência nos diferentes ramos do Direito e, nesta sede, debruçamo-nos, em especial, sobre o Direito do Trabalho, demonstrando que os objetivos de uma concorrência sã, decorrente do normal funcionamento do mercado, e sem artifícios que a restrinjam, a impeçam ou a falseiem se impõem face aos interesses dos empregadores que, entre si e à revelia do trabalhador, acordam em não contratar os seus trabalhadores ou fixam os salários, por forma a que aqueles não tenham qualquer incentivo na mudança de entidade patronal, vendo, assim, a sua liberdade de escolha e de exercício cerceada. Estes acordos foram já, por várias vezes, colocados em causa, por decisões do DOJ e da FTC, que os consideram anticoncorrenciais e, desta feita, desconformes com a lei e, por conseguinte, nulos.

Foi também nosso propósito o de relacionar as obrigações de não concorrência *post pactum finitum* com o Direito da Concorrência, concluindo, aí, pela sua inadmissibilidade, porquanto constituem uma restrição à atividade concorrencial, que falseia, impede e restringe o mercado de produto-trabalho. Por outro lado, também porque existem outros mecanismos legais que respondem, de igual modo, às justificações da obrigação de não concorrência *post pactum finitum*, destacamos, entre eles, os acordos de confidencialidade e os pactos de permanência.

O estudo destas figuras permitiu-nos concluir que o único efeito das obrigações de não concorrência *post pactum finitum* que não resulta alcançável através delas é a proteção do empregador face ao surgimento de um novo concorrente. No entanto, e como deixámos dito, parece-nos que tal fundamento não poderá ser atendido – pelo menos, não o poderá ser, a título

de interesse prevalecente –, pois impede um trabalhador de continuar a explorar a atividade em que se especializou e, desta forma, de contribuir para uma melhoria da economia de mercado, limitando a livre concorrência, obstaculizando à inovação e, por fim, prejudicando os consumidores.

O impacto das obrigações de não concorrência *post pactum finitum* pode ser tão amplo, nomeadamente quanto à extensão geográfica das vendas e/ou prestação de serviços do empregador, físico ou virtual. Do mesmo passo, a capacidade para falsear o mercado é tão maior quanto maior for o raio de influência do empregador.

Per summa capita, não há dúvidas de que o empregador deve ser protegido, durante e após a cessação do contrato de trabalho, nomeadamente quanto ao seu *know-how* e planos estratégicos. Todavia, essa proteção deverá, à luz de um princípio de proporcionalidade, ser atingida pelos meios menos restritivos. Parece-nos que – de facto e de Direito – as obrigações de não concorrência *post pactum finitum* têm de ser repensadas, não representando a solução, pois que constituem verdadeiros entraves à livre concorrência, consubstanciam obstáculos à inovação, especialização e eficiência dos mercados.

Em face de todos estes pontos, a nossa conclusão é a de que as obrigações de não concorrência *post pactum finitum* deverão ser consideradas práticas anticoncorrenciais, à semelhança, do que sucede com os acordos entre empresas para não contratarem entre si ou fixarem salários.

Lista de referências bibliográficas

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora.

ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial, Volume I*, Coimbra, Almedina Editora, 2016, 10.^a Edição.

AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de trabalho à luz do novo código do trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016.

AMORIM, ANA CLARA DE AZEVEDO, “A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos”, *in* Revista Eletrónica de Direito, junho de 2017.

AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *Direito Administrativo da Economia, Vol. I*, Coimbra, Almedina, 2014.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Concorrência desleal*, Coimbra, Edições Almedina, 2002.

CALLAHAN, MAUREEN B., “Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment” *in* The University of Chicago Law Review.

CALVETE, VICTOR, “Abuso de posição dominante II: O abuso de dependência económica”, *in* Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, 2012.

CANOTILHO, GOMES, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina Editora, 2012.

CARVALHO, ORLANDO DE, *Direito das Empresas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 1.^a edição.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Concorrência laboral e justa causa”, *in* Revista da Ordem dos Advogados.

COSTA, ADALBERTO, *O Novo Regime Jurídico da Concorrência: Anotado e Comentado*, Vida Económica – Editoria, SA, Porto, janeiro de 2014.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 15.^a edição.

GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

GOMES, JÚLIO, “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, *in* Revista do Ministério Público, n.º 127, 2011.

HOFFER, DINA; PREWIT, ELIZABETH, “To hire or not to hire: U.S. cartel enforcement targeting employment contracts”, *in* Concurrences n.º 3, 2018.

JR. JOSEPH E. HARRINGTON, ET ALS., “How do Hub-and-Spoke Cartels operate? Lessons from nine case studies” *in* SSRN, agosto de 2018.

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral da Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2000.

LIANOS, IOANNIS ET ALS., “Rethinking the Competition Law/Labour Law interaction – Promoting a fairer labour market” *in* Centre for Law, Economics and Society (CLES), agosto de 2019.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO ET ALS., *Código do Trabalho – Anotado*, Coimbra, Almedina, Edição 11.º, 2017.

MARTINS, JOÃO ZENHA, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 1.^a ed., Coimbra, Edições Almedina, junho de 2016.

MONIZ, CARLOS BOTELHO ET ALS., *in* “Lei da Concorrência Anotada”, Coimbra, Almedina, 2016.

MORAIS, LUÍS SILVA, *Os conceitos de objeto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infrações de concorrência*, Almedina, Coimbra, 2009.

NAIDU, SURESH ET ALS., *Antitrust Remedies for Labor Market Power*, fevereiro de 2018.

NASCIMENTO, RICARDO, “Deveres ou Pactos de Não Concorrência em Contratos de Treinadores de Futebol” *in* *The Balance between Worker Protection and Employer Powers, Insights from around the world*, 2019.

NOVAIS, JORGE REIS, “Renúncia a Direitos Fundamentais”, *in* Perspetivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976, 1996-1998.

PEGO, JOSÉ MARIANO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2001.

RAMALHO, MARIA PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Coimbra, Almedina, 2012, 4.^a edição.

SILVA, MIGUEL MOURA E, *Direito da Concorrência*, Lisboa, AAFDL.

TOMAZ, PEDRO MANUEL CONDÊS, *Pacto de não concorrência no âmbito da relação laboral desportiva, Um caso de cartão vermelho?*, Porto, Repositório da Universidade Católica Portuguesa, 2015.

VAHEESAN, SANDEEP, *Antitrust law: A Current Foe, but Potential Friend, of Workers*, in Law Harvard Portal, junho de 2018.

VALENTE, MARIA DE LANCASTRE “O pacto de permanência como mecanismo de retenção de talentos” in RH Magazine, 2010.